UNIVERSITÉ D'ALGER - FACULTÉ DE DROIT
ANNÉE 1952 — N° 5

LA SUBROGATION RÉELLE

TOME II

THÈSE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 27 Mai 1952 à 16 heures

PAR

M. LAURIOL, Marc, Jean,
né le 18 août 1916 à Alger (Alger)

Jury : MM. BRETON, *Président,*

CHAVANNE
FREYRIA } *Suffragants.*

1952

LA SUBROGATION RÉELLE

UNIVERSITÉ D'ALGER - FACULTÉ DE DROIT
ANNÉE 1952 — N° 5

LA SUBROGATION RÉELLE

TOME II

THÈSE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 27 Mai 1952 à 16 heures

PAR

M. LAURIOL, Marc, Jean,
né le 18 août 1916 à Alger (Alger)

Jury : MM. BRETON, *Président,*

CHAVANNE
FREYRIA } *Suffragants.*

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

DEUXIEME PARTIE

LA RÉALISATION DE LA SUBROGATION RÉELLE

408. — La subrogation réelle se réalise par la survivance même du droit quelle a pour mission de conserver malgré le changement d'objet. Cette réalisation s'opère dans le rapport juridique établi par le droit à conserver, que nous avons appelé rapport principal de la subrogation réelle nettement distinct du rapport accessoire, siège de la fluctuation matérielle (*supra*, N^os^ 67, 68 et 293 et suiv.).

Cette distinction des domaines techniques propres aux deux éléments fondamentaux de la subrogation réelle, ne représente en réalité qu'un aspect de l'antinomie existant entre fluctuation et conservation. La nature des problèmes soulevés par ces deux éléments, la méthode convenable à leur solution, constituent d'autres expressions de cette antinomie. Alors que l'étude de la fluctuation conduit à suivre par l'analyse les deux termes du remplacement (disparition d'un bien et apparition d'un autre bien dans un même patrimoine) les problèmes soulevés par la conservation du droit sont d'un autre ordre et requièrent une méthode plus active. La première question qui se pose à cet égard est, en effet, de savoir pourquoi s'opère la conservation du droit ; en recherchant ainsi sa raison d'être, on est naturellement conduit à dégager les *buts* de la subrogation réelle, qui rendent celle-ci désirable. Mais la solution de ce premier problème ne sau-

rait manifestement suffire à expliquer la réalisation de la subrogation réelle. Il est plus important encore de préciser comment la subrogation rendue désirable par ses buts, se révèle possible sur le plan technique. Très naturellement on est alors conduit à déterminer les moyens de réalisation qui constituent sa *technique*.

Cette seconde partie comprendra donc deux titres consacrés aux buts et à la technique de la subrogation réelle.

TITRE PREMIER

LES BUTS DE LA SUBROGATION RÉELLE

409. — Après avoir été ignorés par la théorie classique (*supra*, N° 22 a), les buts de la subrogation réelle forment la base des classifications auxquelles se ramènent essentiellement la théorie moderne et celle de Capitant. En axant toutes ses études sur la distinction des notions d'affectation et de restitution (*supra*, N°s 23 et suiv., et 35 a), la théorie moderne a forcément insisté sur les fins économiques et sociales auxquelles la subrogation réelle peut servir. En distinguant selon que la subrogation satisfait les exigences de la technique ou celles de l'équité, Capitant à surtout montré l'utilité précise d'un tel procédé (*supra*, N°s 39 et suiv.). Aussi peut-il paraître superflu aujourd'hui de s'étendre sur l'analyse même des buts de la subrogation. Il nous suffira à cet égard d'analyser d'un point de vue critique en un premier chapitre, la façon dont les théories précédentes ont présenté ces buts.

Il conviendra, en revanche, d'insister sur un point plus important et pourtant pratiquement négligé, qui consiste à rechercher comment, sur le plan juridique, la subrogation réelle se rattache à ses buts, c'est-à-dire comment une destination quelconque impartie à un bien appelle normalement la subrogation réelle. Tel sera l'objet d'un second chapitre.

CHAPITRE PREMIER

ANALYSE DES BUTS DE LA SUBROGATION RÉELLE

410. — La nature technique de la subrogation réelle révèle aisément les fins économiques auxquelles ce procédé peut servir. La subrogation réelle consiste dans le maintien d'un droit subjectif malgré le changement de son objet matériel. Elle perpétue ainsi, en dépit de la circulation inéluctable des biens matériels et des richesses et grâce à l'appréhension des valeurs individualisées par les objets successifs, la protection de l'intérêt sanctionné par ce droit subjectif. Envisagée sous l'angle économique, la subrogation réelle est donc, par excellence, un instrument conservateur des capitaux et un facteur de stagnation des fortunes.

Mais si, délaissant les vérités générales, on cherche à discerner les buts précis de la subrogation dans chaque cas où elle est appelée à fonctionner, et à dégager leur expression juridique, on constate l'extrême diversité de ces buts. La subrogation réelle ne réalisant rien d'autre que la survie de droits subjectifs dont l'objet matériel change, se trouve naturellement avoir des buts aussi nombreux et aussi variés que ces droits eux-mêmes. Dès l'abord, le caractère dominant des fins auxquelles tend la subrogation réelle paraît donc devoir être *l'hétérogénéité*. Il est bien vrai que dans tous les cas la subrogation réelle conserve sur le bien nouveau la destination impartie au bien ancien. Tel est, par essence, son but constant et immédiat. Mais une formule aussi générale se vide de tout contenu précis, car la destination ainsi conservée varie précisément selon le droit subjectif perpétué ; si les différents droits présentent certains caractères techniques communs, les buts qu'ils permettent d'atteindre résistent à toute unification solide, car ils traduisent les aspirations les plus diverses et les plus complexes de la vie juridique.

Cette diversité et cette complexité marquent donc nécessairement les buts de la subrogation réelle elle-même. Aussi, l'étude générale serait-elle vaine, en une matière où les prétentions dogmatiques paraissent devoir céder la place à un éclectisme seulement soucieux des cas particuliers, si la théorie moderne n'avait franchement méconnu de telles prémisses. Il nous faudra donc démontrer l'erreur que comporte, selon nous, une telle attitude, ce qui nous conduira à analyser en une section première ce but de la subrogation réelle, général et assez formel, que constitue la perpétuation de la destination assignée au bien ancien, par le droit subjectif conservé. Une telle analyse revient au fond à étudier la subrogation réelle en tant qu'*instrument de conservation.*

Mais le report d'une destination quelconque d'un bien sur un autre, n'est pas le seul point de vue sous lequel les buts de la subrogation réelle peuvent être considérés. En distinguant les utilités technique et équitable de la subrogation réelle, Capitant s'est attaché aux résultats objectifs recherchés et obtenus sur les plans économique, social, et moral, par ce procédé (*supra,* N^{os} 39 et suiv.). Nous avons déjà fait justice de la prétendue opposition entre ces deux notions, en réalité complémentaires, que sont la technique et l'équité (*supra,* N^{os} 45). Mais il reste que le résultat objectif recherché au moyen de la subrogation réelle constitue un aspect des buts de celle-ci. A cet égard, l'idée *d'équilibre* dégagée par Capitant (*supra,* N° 38) paraît exprimer, malgré les restrictions que lui assigne cet auteur, la fonction constante et générale dévolue à la subrogation réelle. En toute hypothèse, la destination assignée à l'objet matériel d'un droit subjectif créait un certain état de choses que la fluctuation de cet objet romprait si la subrogation réelle ne le préservait. Ainsi, apparaît un rôle caractéristique de la subrogation réelle, qui consiste à prévenir le déséquilibre qu'engendrerait normalement la fluctuation. C'est du reste au moment de cette dernière seulement que cette notion d'équilibre devient sensible. On ne songe pas, par exemple, à y recourir pour justifier la revendication intentée par le propriétaire contre un possesseur, sur le bien qui fait l'objet du droit de propriété et encore moins pour justifier la naissance de ce droit chez le propriétaire, naissance qui se trouve pourtant à l'origine de la situation perpétuée par la subrogation réelle. On y recourt, au contraire, spontanément, dès que ledit bien a disparu et a été remplacé dans les mains du possesseur par une contre-valeur. L'équilibre qui existait entre ce dont le défendeur est possesseur et ce dont il est propriétaire devient alors particulièrement sensible, car il est menacé d'être rompu par l'attribution en propriété au

possesseur, de la contre-valeur du bien initialement possédé. A un tel déséquilibre on peut certes remédier ; l'action de *in rem verso* en est un moyen. Mieux vaut toutefois empêcher ce déséquilibre ; la subrogation réelle qui transporte le droit de propriété du bien initial sur le bien de remplacement n'a pas d'autre mission. C'est ainsi que la subrogation réelle se présente naturellement comme un instrument d'équilibre. Il est clair que cette mission particulière n'est qu'un aspect de sa mission conservatrice. Pour reprendre notre exemple, de la revendication, c'est parce qu'elle perpétue la destination de la valeur à son propriétaire que la subrogation maintient l'équilibre entre la propriété et la simple possession. Elle ne crée pas à proprement parler cet équilibre. Elle le sanctionne seulement de façon spécifique, au moment où les circonstances le rendent particulièrement sensible. Néanmoins, cette fonction spéciale ne se confond pas avec le rôle conservateur général d'une destination quelconque, et mérite d'en être distinguée. La protection d'un équilibre n'est que la conséquence et le résultat objectif de la perpétuation de la destination assignée à un bien. Alors que celle-ci est le but immédiat, participant de l'essence de la subrogation réelle, celle-là ne constitue qu'un but médiat, moins intimement lié à l'essence de la subrogation, encore qu'il dérive de sa nature. Au surplus, il existe une opposition entre les deux buts. La conservation d'une destination n'a, nous l'avons vu, qu'une unité formelle, les destinations perpétuées par la subrogation réelle se présentant, en réalité, comme diverses et hétérogènes. La sanction adéquate d'un équilibre représente, au contraire, une vérité plus substantielle douée d'une unité plus réelle et plus concrète. Il reste à en démontrer l'exactitude et la généralité en étudiant dans une section seconde la subrogation réelle en tant qu'instrument d'équilibre.

SECTION I

LA SUBROGATION REELLE, INSTRUMENT DE CONSERVATION

411. — La définition même de la subrogation réelle, telle que nous l'avons établie (*supra*, N^{os} 85), fait ressortir son rôle conservateur. Par essence, la subrogation assure la survie d'un

droit subjectif malgré la fluctuation de son objet matériel. Le but immédiat et essentiel de la subrogation est donc, de toute évidence, de perpétuer celui du droit subjectif lui-même. En reportant ce droit d'un bien sur un autre, la subrogation réelle maintient nécessairement à une même destination la valeur individualisée par ces deux biens. Ce rôle conservateur n'est rien d'autre que le reflet sur le plan des buts, de la nature technique intrinsèque du phénomène. Et cette idée permet aussi de répondre à la question de savoir *quelle peut être la destination ainsi perpétuée* d'un bien sur un autre : c'est celle que le droit subjectif conservé assignait au bien initial.

Une telle réponse indique assez qu'on ne saurait s'attendre à découvrir une unité réelle entre les buts conservatoires de la subrogation réelle. Ils sont nécessairement aussi nombreux et aussi variés que les droits éventuellement maintenus par subrogation réelle. Et il peut justement paraître vain de prétendre établir entre eux une unité condamnée à l'arbitraire. Or, il est fort notable que c'est précisément ce qu'à entrepris de faire la théorie moderne en une distinction devenue fameuse qu'elle a mise à la base de toute son étude de la subrogation réelle. Pour les auteurs modernes, la mission principale de la subrogation réelle est de perpétuer en cas de fluctuation matérielle, l'affectation de certains biens à un but déterminé. On se rappelle que cette idée d'affectation, au nom de laquelle toute la conception classique du patrimoine fut remise en cause (*supra,* N° 24), a été lancée pour expliquer le jeu de la subrogation réelle par Saleilles en 1894 (*supra,* N° 29) et reprise avec éclat par Demogue, Planiol et M. Henry (*supra,* N°s 30 et 31). Ces trois derniers auteurs ont du reste discerné un second but moins vaste de la subrogation réelle, qui consiste dans la perpétuation d'une obligation de restitution. Ainsi, la conservation d'une affectation ou d'une obligation de restitution, sont les deux buts que la théorie moderne dans sa forme définitive (1) assigne à la subrogation réelle. La subrogation dans les propres de communauté, dans les biens dotaux, dans les biens grevés de charges ou d'usufruit par exemple, perpétue une affectation ; au contraire, dans la revendication spéciale (comme celle de l'article 575 du Code de commerce) ou générale (telles la pétition d'hérédité, les droits de retour successoraux, ou celle de l'article 132 du Code civil) la subrogation perpétue une obligation de restitution (2). Une opposition nette est établie

(1) Cf. Planiol, note D. 1902. 1. 33 ; Henry, thèse citée.
(2) Cf. Henry, thèse ; Planiol et Ripert, III, par M. Picard, N°s 26 et suivants, par exemple.

entre ces deux catégories dans lesquelles on prétend ranger tous les cas de subrogation réelle. Loin d'être hétérogènes les buts de la subrogation réelle se diviseraient selon ces auteurs, en deux groupes aux frontières précisément délimitées et, le jeu de la subrogation réelle à peine libéré des maximes classiques (cf. *supra*, N° 24) se trouverait, aussitôt enserré en de nouvelles formules aussi exhaustives que leurs devancières.

Il est de fait, nous l'avons souligné en son temps (*supra*, N° 35 c, et N°s 36 et suiv.), que la doctrine contemporaine, à quelques exceptions près (3), ne s'est pas montrée définitivement séduite par la construction que leur proposait la théorie moderne. Peut-être est-il permis de voir dans une telle attitude, une répugnance qui peut paraître légitime, à enfermer dans des formules les besoins sans cesse renouvelés de la vie pratique. La matière des buts de la subrogation réelle est, en effet, à coup sûr celle qui est le plus étroitement liée aux aspirations diverses du commerce juridique ; elle résiste, par là même, à tout dogmatisme. Toujours est-il que si la classification moderne a été délaissée par certains (4) elle n'a fait l'objet d'aucune critique véritable que justifie pourtant son importance. En réalité, les auteurs postérieurs ne se sont pas écartés seulement des conclusions générales des modernes, mais aussi du point de vue sous lequel ceux-ci ont étudié les buts de la subrogation réelle : celui des buts du droit subjectif conservé lui-même. Nous avons montré que ce point de vue est pourtant le premier qui s'impose logiquement ; aussi dominera-t-il la présente étude. Mais il faut remarquer que si les auteurs modernes l'ont effectivement adopté, ils ne l'ont pas dégagé des autres éléments qui forment rationnellement la théorie de la subrogation réelle ; ils n'ont notamment pas distingué les buts auxquels ils ont, en fait, accordé une importance majeure, des moyens de réalisation (cf. *supra*, N° 35, b). Cette confusion les a conduits à établir entre la notion d'affectation et celle de restitution une opposition dont nous aurons à démontrer l'inexactitude sur le terrain des buts, le seul que nous envisagions ici (§ 1er). La notion d'affectation pouvant seule être retenue à cet égard, il nous restera à en montrer les imperfections (§ 2e). La conclusion qui doit dominer la recherche des buts perpétués par la subrogation réelle s'imposera alors d'elle-même.

---

(3) Cf. Planiol, Ripert et Picard, *op. cit.*

(4) Cf. Capitant, *supra*, N°s 37 et suivants ; Bonnecase, *supra*, N°s 47 et suivants.

§ 1er. — Inexactitude de l'opposition entre affectation et restitution

412. — Cette inexactitude apparaît aux deux points de vue descriptif et rationnel.

1re POINT. — INEXACTITUDE AU POINT DE VUE DESCRIPTIF

413. — Qui veut bien prendre une vue d'ensemble des deux catégories créées par les auteurs modernes et exposées notamment par M. Henry (5) ne saurait manquer d'être frappé par leur différence d'étendue et d'homogénéité. Alors que le groupe des « obligations de restitution » comprend la seule revendication portant soit sur un bien isolé, soit sur un groupe de biens (6) à l'exclusion, on ne dit pas pourquoi, des actions personnelles en restitution (7), celui des « affectations » s'étend aux situations les plus diverses où figurent côte à côte, les propres de succession dans l'ancien droit, le privilège de la séparation des patrimoines, le patrimoine des sociétés, les fonds de commerce, les propres de communauté, les biens réservés de la femme mariée (8), les biens dotaux, les biens grevés de charge ou de fondation, le bien de famille, les privilèges et hypothèques, l'usufruit (9). Une telle disparité

---

(5) Cf. Henry, thèse, titres II et III.

(6) Henry, titre III.

(7) Nous verrons que si les auteurs modernes avaient rangé ces actions personnelles dans le groupe des « obligations de restitution », comme la logique la plus élémentaire paraît y convier, ils auraient été fort gênés pour y voir des obligations exclusivement légales comme sont, selon eux, toutes les obligations de restitution ; cf. *infra*, N° 472.

(8) Ceux-ci sont traités par M. Henry en appendice aux propres de communauté, bien qu'ils existent sous tous les régimes.

(9) Il est notable que la subrogation, dans les sûretés réelles et dans l'usufruit, est étudiée par M. Henry, sous l'angle de la substitution des indemnités à la chose grevée (donc de *l'objet* subrogé), alors que la plupart des autres situations de la même catégorie sont envisagées au point de vue du *droit* conservé. L'idée d'affectation, pas plus que toute autre, ne saurait justifier une telle déviation. A supposer que cette idée crée une affinité véritable entre les propres de communauté et les biens grevés de sûretés réelles par exemple, on ne voit pas pourquoi la subrogation ne serait pas étudiée au regard des sûretés réelles en général, comme elle l'est au regard des propres de communauté. En réalité, à la confusion entre les *buts* de la subrogation réelle et ses *moyens* de réalisation dont nous attaquons ici la dénonciation (v. aussi *infra*, N°s 614 et suivants) s'ajoute une confusion supplémentaire faisant intervenir son *objet*. On peut voir aussi un autre exemple de cette dernière confusion dans Planiol (D. 1902. 1. 83 et T. III, N° 922, notes) lorsque cet auteur affirme qu'en cas de

entre les deux catégories de la classification serait, certes, admissible si une justification en était fournie. Comme il n'en est rien, force est de la rechercher en poussant plus avant l'analyse.

Or celle-ci, loin de confirmer la construction des auteurs modernes, attire au contraire l'attention sur son arbitraire. Ainsi, par exemple, la subrogation dans les propres de communauté ou dans les biens dotaux est présentée comme perpétuant l'affectation de ces biens aux besoins personnels des époux ou à l'intérêt de la famille. Mais n'est-ce pas le plus souvent au moment des reprises, soit des propres, soit de la dot, qu'elle est invoquée ? Et il paraît bien difficile de ne pas voir dans ces reprises des cas de restitution. La même remarque peut être faite à propos des biens donnés ou légués avec charges. Il est bien vrai que la charge implique une affectation desdits biens à un intérêt particulier ou général dont un bénéficiaire peut toujours se prévaloir par une action en exécution de la charge (10). Mais il est non moins vrai que ce n'est guère à propos de cette exécution que s'est posée en pratique, la question de la subrogation réelle dans les biens grévés de charges ; c'est à propos de la restitution desdits biens au gratifiant, notamment sur une action de ce dernier agissant en révocation de la libéralité pour inexécution des charges (articles 954 du Code civil) (11). Or, cette révocation qui résout la libéralité s'accompagne nécessairement de la restitution du bien au gratifiant. Pourtant, M. Henry range la subrogation réelle dans une telle révocation, dans la catégorie des cas où elle obéit à l'idée d'affectation (12), encore que le gratifiant à qui la restitution est faite ne soit généralement pas le bénéficiaire de l'affectation exprimée par la charge. Là encore, restitution et affectation loin de s'opposer, sont en réalité associées. Et il est pour le moins surprenant de voir ranger dans les cas de « restitutions » le droit de retour légal de l'ascendant donateur ou l'action en partage (13) et non les actions en reprises de la femme dotale ou des époux communs en biens, ou l'action en révocation des libéralités !

---

restitution une question *d'origine* et non *d'affectation* doit être résolue. Nos développements, consacrés à l'objet de la subrogation (*supra*, 1re partie, titre III), prouvent assez l'inexactitude de cette affirmation ; la condition de provenance est requise que la subrogation s'accomplisse dans des biens « affectés » ou « à restituer » (cf. *supra*, Nos 274, 275, 277 et suivants).

(10) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 3693.

(11) Cf. Dijon, 30 juin 1893, S. 1894. 2. 185 ; Civ., 29 avril 1901, D. 1902. 1. 33, S. 1903. 1. 321.

(12) Cf. Henry, thèse, pp. 236-237.

(13) Cf. Henry, thèse, pp. 352 et suivantes, 369 et suivantes.

La constatation paraît s'imposer. Aussi a-t-elle déjà été faite. Et on y a même ajouté la remarque inverse. Si dans les cas d'affectation, toute idée de restitution n'est pas exclue, pourquoi ne pas admettre réciproquement que les biens soumis à restitution sont « affectés » à la personne bénéficiaire de cette restitution ? Pourquoi, par exemple, ne pas dire que le patrimoine qui, aux termes de l'article 132 du Code civil, doit être restitué à l'absent, est « affecté » à ce dernier s'il est encore vivant (14). On en arrive ainsi à une véritable « affectation en propriété », qui selon les modernes, devrait être contradictoire, mais dont la simple logique ne révèle pas la contradiction (15).

Celle-ci se trouve plutôt dans la réponse qui a été faite à ces critiques.

414. — Car M. Henry (16) y a répondu en invoquant une différence « très sensible » entre les deux situations que la théorie moderne oppose l'une à l'autre. Au cas d'affectation d'un bien à un usage déterminé, on se trouverait en présence d'un propriétaire qui ne peut aliéner son bien que contre remploi parce que la valeur de ce bien est grevée d'une charge dans l'intérêt d'une personne ou d'une œuvre. La subrogation dans les biens soumis à restitution, au contraire, ne se produirait que lorsqu'un non-propriétaire aliène la chose d'autrui et qu'exceptionnellement la loi valide cette aliénation.

Cette réponse fait rebondir le débat et la réplique qu'elle appelle conduit à approfondir l'analyse.

415. — La réponse de M. Henry n'est ni exacte, ni pertinente.

a) D'abord elle n'est pas exacte. Il n'est pas vrai que l'affectation d'un bien à un but déterminé, entraîne *de plano* l'interdiction d'aliéner ce bien autrement que sous condition de remploi. Une telle affirmation confond *affectation* en valeur et *inaliénabilité* en valeur. Nous aurons à dénoncer cette confusion (*infra* N° 455 et suiv.). Qu'il nous suffise ici de la confronter avec le droit positif. Les propres de communauté, par exemple, sont, sauf clause d'emploi ou de remploi dans le contrat de mariage, librement aliénables. Ce n'est que si un remploi a effectivement eu lieu que la subrogation réelle doit jouer (cf. *infra,* N° 678). Mais les époux ne sont pas, en

(14) Cf. Gazin, *thèse sur la notion de patrimoine,* Dijon, 1910, p. 253 en note.

(15) Cette querelle de mots dénonce, en réalité, de véritables confusions de fond, cf. *infra,* N°s 416 et suivants.

(16) Henry, thèse, p. 122.

principe, obligés de remployer. On ne saurait, non plus imposer cette obligation à la femme qui aliène un bien réservé, voire, tout au moins en principe, au donataire grevé de charge (cf. *infra*, N°° 456 et 457).

Il n'est pas vrai non plus et surtout, que la catégorie des biens soumis à restitution groupe seulement des hypothèses où un non-propriétaire a effectué sur la chose d'autrui une aliénation exceptionnellement validée. Ainsi, le droit de retour légal de l'ascendant donateur constitue, selon les auteurs modernes, un cas de restitution (17). Or le donataire *de cujus* était un propriétaire parfaitement libre d'accomplir, sur le bien donné, tous actes de disposition. Bien mieux, le droit de retour successoral n'entraîne même pas dissolution de ces aliénations comme l'aurait fait un droit de retour conventionnel (*supra*, N° 150) ou la révocation de la donation pour inexécution des charges (article 954 du Code civil). L'ascendant donateur reprend le bien dans l'état où il se trouve (18) et la validité des actes accomplis par le donataire n'a rien d'exceptionnel puisqu'il s'agissait d'un propriétaire normal dont le droit n'est même pas ultérieurement résolu ! A cet égard, la révocation des libéralités pour inexécution des charges, entraînant résolution rétroactive du droit du donataire, se trouverait moins étrangère que les droits de retour successoraux, aux caractères qui, selon M. Henry, sont typiques des hypothèses de restitution. Et on cherche alors en vain pourquoi la reprise par le donateur révoquant sur la base de l'article 954 du Code civil qui supprime rétroactivement la propriété du donataire, n'est pas comprise dans la catégorie des restitutions, tandis que le droit de retour légal qui respecte la libre propriété du donataire, s'en trouve exclu ! En réalité, caractériser les hypothèses de « restitutions » par le fait qu'elles comportent une action contre un non-propriétaire, et y ranger les droits de retour successoraux alors que la révocation pour inexécution des charges s'en trouve exclue, implique une double contradiction qui souligne l'arbitraire de la classification qu'on prétend justifier.

b) Au surplus, la différence entre les deux situations, invoquée par M. Henry, n'est pas pertinente, en ce sens qu'elle est sans influence sur la subrogation réelle.

Si l'on s'en tient à la *différence d'aliénabilité* signalée entre les deux situations, il faut remarquer, qu'à la supposer exacte, elle concerne le domaine de la subrogation réelle (cf. *supra*, 1re partie, Titre 1). La question de subrogation ne peut évi-

---

(17) Cf. Planiol, *op. cit.* ; Henry, thèse, pp. 352 et suivantes.
(18) Cf. Planiol, III, N° 1921.

demment se poser que si l'aliénation qui lui sert d'occasion est effectivement acquise, quelle qu'en soit la raison. S'il n'en est rien, la question de subrogation ne se pose pas. Dans le cas contraire, elle se pose toujours de façon identique.

Si l'on s'attache à *la nature strictement technique de l'action* au cours de laquelle la subrogation réelle est invoquée, on trouve la seule conception précise que les auteurs modernes se forment, en réalité, des hypothèses de restitution ; il s'agit pour eux de restitutions sanctionnées par l'action réelle en revendication (19). Dès lors, de deux choses l'une : ou l'on admet que la revendication peut parfois sanctionner aussi une affectation (ce que les modernes nient en général, mais ce qu'ils admettent pourtant implicitement en rangeant l'action en révocation des libéralités dans la catégorie des « affectations ») et le principe même de la classification se trouve ruiné, le fait que le défendeur soit un non-propriétaire ou un propriétaire véritable dont le droit est résolu, n'ayant au surplus aucune influence sur la revendication intentée contre lui (le donateur révoquant, comme le revendiquant ordinaire, a une action réelle sanctionnant son droit de propriété rétroactivement rétabli et la différence technique n'apparaît pas entre les deux actions) ; ou, au contraire, l'on voit dans l'existence de la revendication la caractéristique spécifique des hypothèses de restitution (ce qui reflète la véritable opinion des auteurs modernes qui excluent du reste, non sans un arbitraire supplémentaire, les actions personnelles en restitution) en réservant aux cas « d'affectation » une sanction différente, et il est bien vrai alors que dans le premier cas le défendeur est un non-propriétaire ou prétendu tel, et que dans le second sa propriété n'est pas contestée ; mais cette constatation se ramène simplement à affirmer, sous une autre forme, le principe même de la classification, et non à en démontrer la pertinence, car il faudrait alors expliquer la différence qui existe au regard de la subrogation réelle entre, d'une part, l'action en revendication et, d'autre part, les diverses actions qui sanctionnent les aussi diverses affectations, telles que l'action confessoire d'usufruit, l'action hypothécaire, l'action en exécution des charges, etc... Or précisément, aucune explication n'est fournie à cet égard. Les auteurs modernes signalent bien une différence suivant que l'action porte sur un bien isolé ou un groupe de biens (20). Cette différence intéresse effectivement la subrogation

(19) Cf. Henry, thèse, pp. 304 et suivantes.
(20) Cf. Planiol, *op. cit.* ; Henry, *op. cit.*

réelle (*infra*, N^os^ 591 et suiv., et 648). Mais les auteurs modernes ne l'appliquent qu'aux différentes revendications (sans, du reste, que la raison de cette restriction apparaisse) pour les distinguer les unes des autres, et non, ce qui se conçoit, pour différencier la revendication en général des actions les plus diverses qui sanctionnent les multiples et disparates affectations que les auteurs modernes citent en exemple. La classification de base entre les « restitutions » et les « affectations » demeure donc injustifiée sur le plan technique de l'analyse des actions sanctionnant ces deux catégories de buts de la subrogation réelle. L'est-elle moins sur le plan de ces buts eux-mêmes ?

Si l'on analyse enfin la classification moderne à cet égard *des buts*, on trouve certes, dans la notion d'affectation une raison explicite de faire jouer la subrogation réelle. Mais pourquoi cette raison serait-elle moins forte dans les hypothèses de restitutions, du fait que le défendeur n'est pas propriétaire ? Demogue lui-même a amplement souligné que la subrogation réelle, dans la revendication, évite l'enrichissement sans cause du défendeur (cf. *supra*, N° 30). Et Capitant, de son côté, n'a-t-il pas offert comme exemple typique de subrogation équitable celle qui s'accomplit du prix à la chose dans l'exercice de la revendication (cf. *supra*, N° 41) ? De fait, la subrogation réelle paraît aussi désirable qu'elle perpétue une « restitution » ou une « affectation ».. La conservation de l'une ou l'autre de ces deux notions constitue un but également valable et également impérieux et on ne voit pas la raison d'établir une frontière entre les deux groupes ainsi créés. Si on trouve effectivement dans l'affectation d'un bien à un but précis une raison sociale économique et morale de conserver le droit par lequel cette affectation s'exprime (droit du créancier hypothécaire, de l'usufruitier, du bénéficiaire de la charge écrite dans une libéralité, de l'époux sur ses propres ou de la femme sur sa dot, etc...), des motifs exactement analogues militent en faveur de la conservation du droit de propriété dont la mise en œuvre caractérise, selon les auteurs modernes, les hypothèses de restitution. Sur le plan des buts aucune opposition, aucune frontière précise n'apparaît entre les deux groupes de situations. Il est clair, en tout cas, que seules les *raisons* qui poussent à conserver le droit de propriété peuvent être comparées à l'affectation qui n'est elle-même, selon la conception qu'en ont les auteurs modernes, qu'une raison de conserver d'autres droits que la propriété. On ne saurait, en effet, comparer des buts qu'à d'autres buts. Or c'est précisément le contraire que fait la théorie moderne. On touche ici à sa seconde inexactitude majeure qui se situe sur le plan rationnel.

2e POINT. — INEXACTITUDE AU POINT DE VUE RATIONNEL

416. — Pour démontrer clairement cette inexactitude, une anticipation sur nos développements ultérieurs (cf. *infra,* N°s 466 et suiv.) s'impose. Dans l'analyse de la situation d'ensemble perpétuée par la subrogation réelle, il importe de distinguer deux éléments fondamentaux.

Cette situation fait d'abord appel à des considérations économiques, sociales et morales qui rendent la subrogation réelle désirable. Le fait qu'un bien ait reçu une mission, une destination quelconque, révèle toute l'utilité de la subrogation réelle, dès que ce bien a cédé la place à un autre. Il est normal que, dans toute la mesure du possible, on s'efforce d'empêcher qu'une telle fluctuation mette un terme à cette destination. La subrogation réelle en est le moyen. Elle trouve donc dans cette destination, le *but* qui la justifie et l'appelle.

Mais, d'autre part, cette destination assignée au bien ancien, que la subrogation réelle a pour but de conserver sur le bien nouveau, s'exprime dans un droit subjectif déterminé (droit du créancier hypothécaire, de la femme dotale, etc...). C'est pourquoi, du reste, la subrogation réelle consiste dans la conservation d'un droit subjectif (cf. *supra,* N° 79). Ainsi apparaît, sur le plan technique, le *moyen* par lequel la destination se réalise et que la subrogation réelle doit naturellement emprunter pour se réaliser elle-même.

Ces deux éléments fondamentaux de la situation perpétuée par la subrogation réelle, sont certes indissociables. La destination impartie à un bien se traduit toujours par la création, sur ce bien, d'un droit subjectif déterminé, organisé et mis à la disposition des intéressés par la technique juridique. C'est pourquoi on ne saurait faire abstraction de cet élément technique dans l'étude même des buts ; aussi l'indiquerons-nous à ce titre (cf. *infra,* N°s 477 et suiv.). Mais la liaison étroite entre ces deux éléments ne saurait justifier leur confusion. Toujours associés, ils ne se distinguent pas moins l'un de l'autre. Et c'est précisément cette distinction qui dénonce l'opposition établie par la théorie moderne entre l'affectation et la restitution.

417. — Lorsque les auteurs modernes parlent d'affectation, ils analysent ou du moins désignent, avec une précision que nous aurons à apprécier (*infra,* N°s 418 et suiv.), des raisons économiques et sociales rendant la subrogation désirable

dans les hypothèses qu'ils envisagent (21). Il s'agit là d'un but de la subrogation réelle.

Au contraire, selon les mêmes auteurs, les hypothèses de « restitution » tirent leur unité du seul fait qu'elles supposent toutes, la mise œuvre du droit de propriété par l'exercice de la revendication (22). Toutes les caractéristiques que les auteurs modernes considèrent comme proprement distinctives des cas de « restitution » sont, en effet, tirées de l'analyse de l'action en revendication. Or, ces caractéristiques sont d'ordre technique ; elles ne concernent pas la destination qui est assignée à un bien et que le droit de propriété exprime, mais ce droit lui-même, et même, plus précisément, l'action qui le sanctionne.

De sorte qu'en opposant les « affectations » aux « restitutions » la théorie moderne compare, en réalité, des *buts* qui rendent la subrogation réelle désirable à des moyens techniques qui en conditionnent la réalisation. Elle compare ainsi des éléments qui sont incomparables, car ils ne se situent pas sur le même plan. Telle est la déviation qui constitue le vice rationnel interne de la classification moderne. Pour être rationnellement exacte, cette classification eût dû opposer des buts à d'autres buts, c'est-à-dire *les raisons* qui rendent la subrogation désirable dans la revendication, aux affectations diverses qui ne sont elles-mêmes que des raisons qui appellent la subrogation dans l'action hypothécaire, l'action en reprise des propres ou de la dot, l'action confessoire d'usufruit, l'action en exécution des charges, etc... On voit mal, en effet, pourquoi les auteurs modernes ne considèrent que les facteurs techniques dans les cas de « restitutions » et que les buts dans ceux « d'affectations ». En réalité, dans *tous* les cas, il existe un but (l'affectation en recouvre plusieurs) et un droit qui, sur le plan technique, permet de l'atteindre. A poser le problème ainsi on aperçoit clairement, qu'en caractérisant comme ils le font, les hypothèses de restitution, les auteurs modernes ne font, en réalité, qu'opposer le droit de propriété, non pas à la notion d'affectation, mais à *tous* les autres droits, l'action en revendication à *toutes* les autres actions, dans lesquelles la subrogation réelle peut avoir à intervenir. Tel est l'aspect exact de la classification moderne sur le plan technique. La considérant sous cet angle, nous aurons à en apprécier ultérieurement la valeur (cf. *infra*, Titre II, N^{os} 663 et suiv.). Si on l'envisage, pour l'instant, sous le seul

(21) Cf., par exemple, Henry, pp. 110 et 124 à 127.

(22) Aucun doute n'est possible sur ce point, Demogue, Rev. crit., 1901, pp. 295 et suivantes ; Planiol, note D. 1902. 1. 33 ; Henry, pp. 304 et suivantes.

angle des buts de la subrogation réelle, force est de constater que les auteurs modernes n'opposent rien à l'idée d'affectation. Celle-ci se trouve ainsi curieusement vouée à une généralité que n'ont pas désirée ses promoteurs. Le fait est pourtant que l'affectation est la seule notion proposée par la théorie moderne concernant proprement les buts de la subrogation réelle.

C'est pourquoi le premier réflexe que l'on éprouve, en recherchant les buts de la subrogation dans le droit de propriété, invite à recourir à l'« affectation en propriété », entendant par là que tel bien est destiné à revenir à son propriétaire tout comme tel autre sert à désintéresser les créanciers hypothécaires, ou tel autre encore à assurer une fondation pieuse ou charitable, etc... Cette idée d'affectation en propriété constitue, certes, la négation de la classification moderne ; on n'en est pas moins naturellement porté à y penser (cf. *supra,* N° 413 *in fine*). Et elle a, en tout cas, l'avantage de ne pas confondre les buts avec les moyens mis en œuvre pour les atteindre, en rappelant précisément que la subrogation réelle doit se justifier par un but aussi bien dans la revendication que dans les autres actions concernant un bien déterminé. Elle met en outre en lumière, l'absence d'opposition entre les buts de la subrogation réelle dans la revendication et dans les autres actions. Beaucoup plus souple à cet égard que la théorie moderne, elle souligne la complexité des buts de la subrogation réelle. Elle rend compte exactement, par exemple, du fait que la charge écrite dans une donation destine le bien donné principalement à satisfaire les intérêts du bénéficiaire de la charge et accessoirement à revenir au donateur en cas d'inexécution de la charge par le donataire (23). Rien n'empêche ces deux destinations distinctes, s'exprimant sur le plan technique dans deux droits eux-mêmes distincts, de se trouver néanmoins associées, l'une sanctionnant l'autre, sans être séparées par aucune opposition entre elles. Il reste, évidemment, à savoir si la notion d'affectation, la seule que la théorie moderne ait dégagée comme but véritable de la subrogation, est à même de recouvrir tous les buts possibles et, notamment, s'il est correct de parler encore d'affectation pour désigner le but de la subrogation dans le droit de propriété. Envisagée sous cet angle élargi, la notion d'affectation révèle de sérieuses insuffisances qu'il convient de mettre en lumière.

---

(23) C'est un point sur lequel bute la théorie moderne prisonnière de l'opposition, trop radicale, qu'elle établit entre les affectations et les restitutions (cf. *supra*, N^{os} 413 et 415, a).

§ 2. — Insuffisances de la notion d'affectation

418. — L'opposition moderne entre affectation et restitution étant rejetée, et une fois admis que tous les droits éventuellement perpétués par subrogation réelle ne sont jamais que des moyens techniques d'atteindre un but déterminé, variable selon le droit considéré mais toujours existant et lui-même visé par la subrogation, la question se pose de savoir si la notion d'affectation fournit une formule unique capable de recouvrir tous les buts possibles.

Il est, certes, notable que les auteurs modernes donnent de l'affectation une définition fort large. Ils y voient toute soumission d'un ou plusieurs biens à un usage déterminé (24). Ainsi entendue, l'affectation peut s'étendre à un très grand nombre de cas. Encore faut-il, pour qu'elle garde un sens, que l'usage auquel le ou les biens affectés se trouvent soumis réponde à un but suffisamment précis et distinct parmi tous ceux en vue desquels les biens d'un même patrimoine peuvent être utilisés. Aussi bien, la notion d'affectation appliquée au patrimoine est-elle invoquée, pour caractériser non plus le patrimoine général analysé par Aubry et Rau, mais des masses de biens soumises à la réalisation de buts très particuliers et individualisés. Il en est ainsi de la dot, des biens d'une société, de ceux composant un fonds de commerce ou attribués à une fondation, etc... (25). Dans cet ordre d'idées, on peut judicieusement parler de l'affectation d'un bien donné à l'exécution d'une charge imposée par le donateur et conférant au bénéficiaire de cette charge un droit spécial sanctionné par une action adéquate, ou encore de l'affectation du bien hypothéqué au désintéressement préférentiel du créancier hypothécaire, de l'affectation du bien grevé d'usufruit à la subsistance de l'usufruitier, de l'affectation de la dot aux besoins ménagers, etc... De telles « affectations » caractérisent bien les buts éventuellement perpétués par la subrogation réelle. Mais de là à conclure que la notion d'affectation rend compte de *tous* les buts que la subrogation réelle est appelée à perpétuer, il y a un pas qu'il paraît difficile de franchir. Si on veut garder quelque précision à la notion d'affectation, il faut bien constater qu'elle est trop étroite. Et si on l'étend, elle devient trop vague et verse dans le pur verbalisme.

---

(24) Cf. Henry, thèse, p. 124.

(25) Cf. Planiol et Ripert, III, par M. Picard, N° 20.

1er POINT. — PRECISE, LA NOTION D'AFFECTATION EST TROP ETROITE

419. — Précise, la notion d'affectation est trop étroite pour englober tous les buts que la subrogation réelle perpétue et trop rigide pour rendre compte des nuances qui distinguent les différents buts les uns des autres. La confrontation de la formule avec ses applications fait ressortir ces insuffisances. De simples exemples le démontrent.

Dans la masse successorale, par exemple, la subrogation réelle peut avoir à jouer au regard de différents droits, pour lesquels il est très inégalement juste de parler d'affectation.

420. — Au regard du privilège de la séparation des patrimoines, la subrogation réelle qui peut avoir à maintenir l'intégrité en valeur de la masse successorale (cf. *infra*, N^os^ 602 et suiv.) perpétue une véritable affectation. La sépation des patrimoines est un privilège portant sur tout le groupe des biens successoraux, qui sont « affectés » par cette institution non seulement à un usage mais encore à la satisfaction d'intérêts précis : ceux des créanciers héréditaires qui sont payés sur ces biens par préférence aux créanciers personnels des héritiers. Comme dans toute sûreté réelle, il n'est pas inexact de parler « d'affectation » du bien grevé au paiement des créanciers.

421. — La notion d'affectation apparaît comme beaucoup moins heureuse pour exprimer l'usage auquel les biens successoraux sont destinés par le bénéfice d'inventaire. Le bénéfice d'inventaire a pour rôle de limiter le droit de poursuite des créanciers héréditaires aux biens successoraux. Il met les biens personnels de l'héritier à l'abri d'une telle poursuite et sert ainsi les intérêts de l'héritier (qui est quitte envers les créanciers héréditaires lorsque l'actif successoral a été employé à les payer) et de ses créanciers personnels, qui n'ont pas à supporter sur les biens personnels de l'héritier la concurrence des créanciers héréditaires (26). La notion d'affectation rend-elle compte de ce résultat ?

Il faut écarter pour répondre, toute idée d'affectation aux créanciers héréditaires fondée sur la règle jurisprudentielle traditionnelle selon laquelle le bénéfice d'inventaire emporte de plein droit la séparation des patrimoines au profit des créanciers du défunt (27). La séparation des patrimoines, pour être ainsi attachée au bénéfice d'inventaire, ne garde pas moins son autonomie et vise des buts différents. Elle

(26) Cf. Ripert et Boulanger, III, N^os^ 2548 et 2555.
(27) Cf. *op. cit.*, N° 2561.

protège les intérêts des créanciers héréditaires alors que le bénéfice d'inventaire garantit ceux de l'héritier et de ses créanciers personnels. Dire que le bénéfice d'inventaire entraîne l'affectation des biens héréditaires aux créanciers du défunt sous prétexte qu'il emporte la séparation des patrimoines au profit de ces derniers, méconnaîtrait donc le rôle véritable du bénéfice d'inventaire qui doit être étudié en propre. Aussi bien, du reste, la question, de la subrogation réelle peut-elle s'y poser indépendamment (28).

A n'envisager ainsi que le bénéfice d'inventaire, on discerne difficilement quelle « affectation » des biens héréditaires il entraîne alors que son rôle est finalement négatif puisqu'il consiste à mettre *les biens personnels de l'héritier* à l'abri des poursuites intentées par les créanciers héréditaires. Quant aux biens de la succession. ils *demeurent* le gage des créanciers héréditaires. Ce résultat est, au fond, l'effet, non du bénéfice d'inventaire, mais du droit commun exprimé, d'une part, par les art. 2092 et 2093 du Code civil et d'autre part, par l'idée que l'héritier continue la personne du défunt. Le but propre du bénéfice d'inventaire est, en réalité, de *supprimer* l'affectation des biens personnels de l'héritier au paiement des créanciers héréditaires, affectation qui résulterait normalement du droit commun. Il serait donc inexact de rattacher au bénéfice d'inventaire une affectation quelconque des biens successoraux.

Certes, en se plaçant sur un plan strictement objectif, on peut soutenir que le bénéfice d'inventaire crée une séparation entre les biens successoraux et les biens de l'héritier, dans le but de limiter les droits des créanciers du défunt. Les biens successoraux se trouvent ainsi soumis « à un usage déterminé » que la subrogation réelle perpétue éventuellement sur des biens nouveaux représentant des valeurs successorales, parce que provenant des biens laissés par le défunt. Mais cet usage est-il fidèlement traduit par l'idée d'une « affectation » particulière et précise des biens successoraux ? Il faut remarquer, à cet égard, que les biens personnels de l'héritier y sont tout aussi soumis puisqu'en définitive le bénéfice d'inventaire n'opère rien d'autre qu'une séparation entre les deux masses de biens. C'est surtout d'équilibre qu'il s'agit ici. Cet équilibre est bien sauvegardé en cas de fluctuation dans la masse successorale par la subrogation réelle. Seulement, en lui-même, il représente un résultat objectif et non un but particulier auquel un bien successoral était spécialement soumis et auquel un autre bien, nouvellement ac-

(28) Cf. Capitant, Rev. trimestr., 1919, pp. 385 et suivantes, § 3, 1° B.

quis, serait à son tour affecté par remplacement de l'ancien. L'équilibre n'est pas une « affectation » qui passe d'un bien sur un autre. C'est un résultat économique et social, voire équitable de la subrogation réelle. Nous l'étudierons en tant que tel (*infra*, section II). Il convient seulement ici de remarquer, qu'il ne paraît pas très correct de dire qu'un bien successoral, pas plus qu'un bien de l'héritier, est « affecté » à assurer l'équilibre entre les deux masses de biens réunies dans les mains de l'héritier.

Et envisagée sous l'angle plus subjectif des intérêts personnels en présence, l'idée d'affectation ne rend pas un compte plus fidèle du rôle de la subrogation réelle dans le bénéfice d'inventaire. Celui-ci protège les intérêts de l'héritier. A ce titre, son rôle tout négatif concerne, non pas les biens successoraux, mais ceux personnels de l'héritier, qu'il met hors du gage des créanciers héréditaires dans lequel ils se trouvent normalement. La subrogation réelle, au contraire, n'a à fonctionner que dans les biens successoraux qui forment une masse dont la composition est fixée au moment du décès ; elle est superflue dans les biens personnels de l'héritier car ils constituent un groupe largement ouvert aux acquisitions nouvelles (cf. *supra*, N^os^ 322 et 323). Et, jouant dans les biens successoraux, même au regard du bénéfice d'inventaire, la subrogation réelle reconstitue la masse successorale qui sans elle, serait altérée par une aliénation, une destruction, etc... Autrement dit, l'aliénation ou la destruction une fois acquise, la subrogation réelle sert, non pas les intérêts de l'héritier dont la protection est pourtant le but essentiel et fondamental du bénéfice d'inventaire, mais ceux des créanciers héréditaires dont le droit de poursuite se trouve sauvegardé. Il est clair que l'idée d'affectation rend un compte très insuffisant de ces nuances.

A la vérité, on ne voit guère à qui ou à quoi les biens successoraux sont « affectés » par le bénéfice d'inventaire, ni à qui, ni à quoi la subrogation réelle maintiendrait cette prétendue affectation. Un tel langage ne répond certes pas à l'éclectisme qui s'impose lorsqu'on étudie les buts de la subrogation réelle. Cette conclusion se trouve confirmée si on examine une autre hypothèse où la subrogation réelle joue toujours dans les biens successoraux.

422. — Il est admis, aujourd'hui, que la masse successorale considérée, non plus au regard de la séparation des patrimoines ou du bénéfice d'inventaire, mais dans ses rapports avec les droits indivis de tous les cohéritiers, constitue un groupe autonome qui se perpétue par la subrogation réelle. Les biens qui proviennent de l'aliénation de biens indivis,

tombent, eux-mêmes dans l'indivision successorale et sont soumis au régime qui s'applique aux biens indivis, notamment en ce qui concerne la soumission de ces biens au partage et à son effet déclaratif (29). Or, on cherche en vain quelle « affectation » précise suppose l'existence d'une indivision entre les héritiers. L'indivision successorale ne tend pas vers un but particulier et précis. Elle est, en réalité, imposée par les circonstances et par les mœurs, les intéressés ne procédant généralement pas à un partage rapide après le décès de leur auteur (30). Aussi bien, l'indivision successorale se présente-t-elle comme un fait qu'on constate ; elle est beaucoup plus un *résultat* (celui de la solidarité familiale se prolongeant après le décès du chef de famille) qu'un *moyen* tendant à un but déterminé et délibérément visé.

En elle-même, l'indivision successorale ne représente qu'un état particulier du droit de propriété. A cet égard, on peut l'envisager de deux façons.

D'abord, on peut ne considérer que le droit de propriété *de l'héritier attributaire* au moment du partage. C'est ce que font les auteurs modernes qui s'attachent surtout au caractère de l'action en partage, action réelle générale par laquelle l'héritier attributaire réclame sa part de succession (31). La subrogation réelle dans l'exercice de cette action est alors présentée comme perpétuant une « obligation de restitution » et non une « affectation ». Cette conception est renforcée par l'effet déclaratif du partage en vertu duquel l'héritier attributaire doit être rétroactivement considéré comme ayant été depuis le décès, le seul propriétaire des biens mis dans son lot. L'effet déclaratif du partage invite donc à envisager les biens successoraux surtout sous l'angle de leur attribution à un héritier. Mais il reste que « l'obligation de restitution », dont cette attribution est présentée comme une variante, ne s'oppose pas à la notion d'affectation (cf. *supra*, § 1er) et n'a, par conséquent, aucune vocation, sur le plan des buts de la subrogation réelle, à en suppléer les insuffisances. La question est alors posée de savoir si cette notion d'affectation peut recouvrir, en gardant quelque sens, les cas de « restitutions ». Il est clair que c'est à un élargissement de la notion d'affectation telle que la conçoivent les auteurs modernes qu'un tel problème convie ; ce qui prouve bien que cette notion, telle quelle est présentée, se révèle trop étroite.

---

(29) Cf. Ripert et Boulanger, III, Nos 2776 et 2778, et *infra*, Nos 598 et suivants.

(30) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 2774.

(31) Cf. Henry, thèse, p. 370.

Il est bien vrai que l'indivision, en tant qu'état particulier du droit de propriété, concerne aussi, et même surtout, les droits des *indivisaires*. Considérer l'indivision uniquement sous l'angle du partage qui y met fin et de l'effet déclaratif qui la nie rétroactivement est un point de vue pour le moins étroit. L'indivision, telle que l'a construite la jurisprudence poussée par la pratique, comporte aujourd'hui une organisation plus complète, qui concerne notamment son administration et son passif propre (32), au regard de laquelle la subrogation réelle présente un intérêt plus théorique que pratique, il est vrai (cf. *infra,* N° 598) en soumettant les biens nouveaux à un tel régime. Par l'effet de la subrogation réelle, le bien nouveau entre dans l'indivision, les droits indivis de tous les cohéritiers se transportant sur lui. Mais on cherche, en vain, quelle « affectation » la subrogation réelle perpétue ainsi. Envisagée dans ses rapports avec les droits indivis qui pèsent sur elle, la masse indivise se trouve dans la situation de tout patrimoine à l'égard des droits de son titulaire. Certes, la conception d'une masse successorale autonome fait échec au principe de la continuation de la personnalité du défunt par l'héritier, qui n'est que le reflet de la conception personnaliste classique de l'unité du patrimoine (33). On ne voit pas, pour autant, que cette masse soit « affectée » à un but précis et qu'on puisse parler à son endroit de « patrimoine d'affectation » davantage que pour le patrimoine général. S'il n'y a pas coïncidence entre le patrimoine général de chaque héritier et la masse indivise il y a du moins parallélisme. Les indivisaires sont copropriétaires des biens indivis, tout comme ils sont propriétaires des biens composant leur patrimoine. Le fractionnement de la propriété par le fait de l'indivision ne change rien à la nature du rapport créé par le droit, et n'y introduit notamment aucun finalisme particulier. On ne peut donc parler « d'affectation » de la masse indivise qu'en étendant la conception même d'affectation jusqu'à englober le fait courant d'être titulaire des droits patrimoniaux.

Quel que soit l'angle sous lequel on envisage l'indivision successorale, celui des droits de l'héritier attributaire ou celui des droits des indivisaires, l'idée d'affectation se révèle donc trop étroite pour rendre compte des buts auxquels sont soumis les biens indivis. Force est donc d'élargir cette notion d'affectation si on veut la conserver. Mais il reste alors à vérifier ce qu'elle devient une fois suffisamment étendue.

---

(32) Cf. Ripert et Boulanger, III, N°s 2778 et suivants.

(33) Cf. Planiol et Ripert, III, par M. Picard, N° 19.

2e POINT. — ELARGIE, LA NOTION D'AFFECTATION DEVIENT TROP IMPRECISE

423. — Les exemples précédents, notamment celui de l'indivision successorale, montrent l'étendue de l'élargissement qui s'impose. En réalité, la subrogation réelle peut avoir à fonctionner dans n'importe quel droit portant sur un bien matériel. Par conséquent, les buts qu'elle est appelée à perpétuer sont aussi variés que tous ces droits eux-mêmes. La notion d'affectation est-elle suffisamment extensible pour englober un domaine aussi vaste ? C'est ainsi que se pose la question.

Elle présente un intérêt accru pour ce qui concerne le droit de propriété. Intérêt pratique d'abord, car ce droit est certainement celui dans lequel la subrogation réelle a le plus souvent l'occasion de fonctionner (34). Intérêt théorique ensuite, car le droit de propriété est à la fois le plus plein et le moins finaliste de tous. Il se rapproche, à cet égard, de la titularité du patrimoine dans la mesure où il exprime la plénitude de la volonté et de l'action d'une personne sur les choses. On mesure ainsi la généralité qu'il faut attribuer à la notion d'affectation si on entend l'appliquer au droit de propriété. Il est donc particulièrement intéressant de rechercher ce que devient alors la notion d'affectation.

Comme l'analyse de l'indivision successorale nous l'a fait remarquer (*supra* N° 422) l'exercice du droit de propriété peut être envisagé soit sous l'angle d'une « restitution » ou du moins d'une livraison, c'est-à-dire de l'action en revendication intentée contre un possesseur ou un détenteur, soit sous celui de l'exercice d'une prérogative quelconque de ce droit, indépendamment de toute revendication.

424. — Traduire par l'idée d'affectation, le fait qu'un bien est destiné, entre les mains d'un possesseur ou d'un détenteur, à être livré à son véritable propriétaire, revient à vider celle-ci de tout sens précis. Il est bien vrai que l'établissement par le propriétaire revendiquant de son droit de propriété sur tel bien, individualise ce bien parmi tous ceux se trouvant entre les mains du possesseur ou du détenteur. Ce bien, à la différence des autres, doit être remis à son propriétaire et c'est là un sort qui lui est propre et qui le dis-

---

(34) Mise à part, toutefois, la subrogation dans les sûretés réelles très fréquente puisque l'exercice du droit de préférence n'est rien d'autre qu'une subrogation réelle (cf. *infra*, N° 554). Mais cette manière de voir n'étant pas, à l'heure actuelle, dégagée par la doctrine, nous la réservons.

tingue des autres biens du possesseur. En ce sens, ce bien est destiné à la satisfaction d'un but particulier. Mais peut-on dire, pour autant, qu'il est « affecté » à son propriétaire ? Si par « affectation » on entend la soumission d'un bien à un « usage déterminé » (cf. *supra,* N° 418, texte et note 24) il faut bien reconnaître que l'« obligation de restitution » et plus généralement de livraison n'implique aucune affectation, car elle est exclusive de toute fonction précise (comp. *supra,* N° 188). Dire que la chose soumise à restitution doit être enlevée à celui qui la détient, individualise certes cette chose entre les mains du détenteur, mais ne la soumet à aucun rôle, à aucun usage particuliers. Etendre l'idée d'affectation jusqu'à lui faire comprendre la livraison, revient à la transformer en une notion passe-partout vidée par là même de tout sens précis.

Aussi bien, comprend-on la position adoptée par les auteurs modernes qui se refusent à une telle extension. Certes, ces auteurs sont, selon nous, critiquables en ce qu'ils opposent sur un même plan (celui des buts) affectation et restitution, prétendant ainsi suppléer par la seconde aux insuffisances de la première (cf. *supra,* § 1er). Mais on ne peut que les approuver dans leur refus d'identifier restitution et affectation. Seulement, on se demande alors, pourquoi ils commettent la confusion lorsqu'ils envisagent le droit de propriété en dehors de toute action en revendication. Si, en effet, la généralité et la plénitude du droit de propriété sont antinomiques de l'idée d'affectation pour distinguer le bien qui en est l'objet des autres biens d'un possesseur ou d'un détenteur évincé par la revendication, cette conclusion s'impose encore plus au sein du patrimoine du propriétaire lui-même.

425. — Il est clair que si on fait intervenir la notion d'affectation pour rendre compte des prérogatives que le propriétaire exerce sur ses propres biens, indépendamment de toute revendication contre un tiers détenteur, on aboutit à la confusion. L'idée d'affectation ne se conçoit, selon les auteurs modernes eux-mêmes, que dans la mesure où elle exprime la soumission d'un bien à un usage déterminé. Pour être très générale, cette formule ne suppose pas moins que cet « usage » soit suffisamment original et individualisé pour distinguer le bien « affecté » des autres biens du même patrimoine. Ainsi, on peut justement parler de l'affectation familiale du bien dotal, parce que ce bien remplit une mission particulière qui le distingue des autres biens de la femme. De même, la mise en gage, la constitution d'hypothèque ou d'usufruit, la fondation, etc... impliquent des buts

très variés, mais tous suffisamment individualisés pour répondre à une notion précise d'affectation. L'appropriation, au contraire, est à l'opposé de toute mission particulière. Elle exprime la soumission la plus générale et la plus rigoureuse d'un bien à la volonté et à l'action d'une personne. Le fait même que cette volonté et que cette action jouissent du maximum de liberté, exclut toute fonction précise et étroite assujettie à la réalisation d'un but déterminé. Les buts que le droit de propriété permet d'atteindre sont tellement vastes, qu'ils rejoignent les aspirations de la personnalité agissant sur le monde extérieur. Les comprendre dans la notion d'affectation revient à dénaturer complètement celle-ci. En cela, le droit de propriété se rapproche de la titularité du patrimoine. Le patrimoine général étudié par Aubry et Rau (35) dans la mesure même où il est une émanation de la personnalité, est précisément, lui aussi, étranger à toute finalité particulière. Et il est fort notable que l'idée d'affectation avancée par certains auteurs modernes pour contredire ou tout au moins limiter la théorie classique du patrimoine unique, repose sur le groupement de certains biens en vue d'atteindre des buts précis. Le patrimoine social, le fonds de commerce, les biens servant à la fondation d'une œuvre, la fortune de mer en droit maritime, etc.... tirent leur individualité des buts particuliers qui les distinguent des autres biens du patrimoine général. Ils sont bien « affectés » à ces buts et on peut parler à leur égard de « patrimoine d'affectation » (36). Mais on ne peut, sans verser dans le verbalisme, dire que le patrimoine général, l'ensemble de *tous* les biens, est « affecté » à son titulaire.

C'est pourtant ce que font les auteurs modernes lorsqu'ils estiment que la subrogation réelle, dans les propres de communauté, perpétue l'affectation des propres aux besoins personnels des époux (37). Les propres de communauté représentent, en réalité, la partie du patrimoine des époux qui demeure soumise au droit commun du patrimoine. S'il est des biens, qui, sous le régime de communauté sont affectés à des fins particulières, ce sont les biens communs et non les biens propres. La masse commune, fruit de la vie commune, a bien pour mission de subvenir aux charges du ménage. Cette fonction familiale constitue un but précis et caractéristique qui entraîne un régime original, par rapport à celui du patrimoine en général, auquel les biens propres demeurent précisément soumis. Si, à l'égard des propres, on

(35) Aubry et Rau, IX, §§ 575 et suivants.
(36) Cf. Planiol et Ripert, *op. cit.*, N^{os} 20 et 21.
(37) Cf. Planiol, III, N° 922, note (1), Henry, thèse, pp. 186 à 190.

veut parler d'affectation, on ne peut la reconnaître qu'au profit des besoins communs du ménage et non à celui des besoins personnels des époux. Les propres participent aux charges du ménage par leurs revenus, leur contribution étant réglée par l'usufruit qui les grève au profit de la communauté. C'est bien « l'affectation » précise aux intérêts familiaux qui inspire une telle règle, tout comme celle qui permet au mari l'administration des propres de la femme, augmentant ainsi la cohésion des pouvoirs reconnus au chef de famille. Mais la nue-propriété des propres et même, abstraction faite des règles précédentes, les propres, en tant que groupe distinct, ne sont pas plus « affectés » aux époux que tout patrimoine n'est affecté à son titulaire.

Certes, l'idée d'affectation est avancée pour différencier les masses de biens en présence sous le régime de communauté. Mais il faut l'appliquer aux biens communs et non aux propres. S'il est vrai que l'entrée en communauté représente le droit commun en ce sens que tout bien est réputé commun jusqu'à preuve de sa qualité propre (38), cela ne vaut *qu'à l'intérieur du régime de communauté*. Il reste que, par rapport au régime général du patrimoine, c'est la mise en commun qui constitue une originalité, la qualité de propre n'exprimant que le régime habituel du patrimoine. Dire que les propres sont « affectés aux époux » revient à affirmer que n'importe quel patrimoine est affecté à son titulaire. Autant reconnaître que l'idée d'affectation peut intervenir en toute occasion, ce qui revient à la dépouiller de toute signification.

426. — La notion d'affectation se révèle ainsi insuffisante pour rendre compte de tous les buts perpétués par la subrogation réelle. Elle ne convient même pas à tous les cas où les auteurs modernes la font intervenir. Puisque précise, elle est trop étroite, et puisque élargie, elle ne signifie plus rien, mieux vaut l'abandonner.

Mais il faut aller plus loin. Les critiques précédentes n'ouvrent pas une simple discussion terminologique ; elles dévoilent une vérité qui constitue la conclusion principale de toute cette étude. Les buts perpétués par la subrogation réelle sont aussi variés et aussi divers que l'ensemble des droits subjectifs, c'est-à-dire que les aspirations de la vie sociale elles-mêmes. Prétendre enfermer ces buts dans une formule unique *quelle qu'elle soit* (affectation-restitution ou toute autre), est une gageure vouée à l'échec. L'éclectisme le

(38) Planiol, III, N^{os} 914 et 922, note (1).

plus souple s'impose en cette matière, rebelle à tout dogmatisme. C'est ce que le simple bon sens faisait pressentir (*supra*, N° 410) ; l'analyse le confirme.

Il est bien vrai pourtant que l'utilisation d'un mot simple faciliterait l'expression au cours d'une étude où il faut bien marquer l'existence d'un but distinct des autres facteurs. A cet égard, on peut proposer le mot de « destination ». Par un droit subjectif, un bien se trouve soumis à une destination particulière, du reste variable selon le droit en cause. Mais nous ne saurions trop insister sur le fait qu'il s'agit bien là d'un simple mot et non d'une notion. Nous ne proposons pas une formule nouvelle. Aussi bien, reconnaissons-nous que le vocable « destination » peut parfois ne pas convenir très heureusement. On peut contester, par exemple, que le bénéfice d'inventaire assigne une « destination » particulière aux biens successoraux. Peu importe. Si, dans certaines hypothèses, ce mot ne convient pas, rien n'empêche d'en employer un autre ; c'est là une question purement terminologique sans intérêt. Nous utiliserons ce mot, quant à nous, pour la simple commodité du langage dans l'étude générale de la subrogation réelle. Il a, en effet, le mérite d'avoir suffisamment peu de sens pour convenir à la grande majorité des hypothèses. Il s'applique, notamment, aux restitutions qui représentent un fort grand nombre de cas où la subrogation réelle se révèle désirable. Le bien qui doit être restitué est, dans les mains du possesseur, destiné à revenir au propriétaire, tout comme tel autre bien peut être destiné à satisfaire une affectation déterminée. Ainsi se trouvent donc marqués par le mot « destination » deux points qui nous paraissent capitaux : l'existence, dans chaque cas, d'un but que la subrogation réelle a pour mission de perpétuer et qui doit être, en tant que tel, distingué des autres facteurs ; l'inexactitude, sur ce plan de l'analyse des buts, d'une prétendue opposition entre les restitutions et les affectations. C'est pourquoi nous emploierons le mot « destination » pour désigner ces buts, dont il convient de faire désormais ressortir davantage l'existence propre par un mot général que l'analyse interne nuancée.

Il faut toutefois remarquer que l'on rend insuffisamment compte des buts de la subrogation réelle si on n'envisage que la destination perpétuée d'un bien à un autre. Il faut aussi rechercher quel résultat objectif est visé et obtenu par cette perpétuation. C'est sous cet angle que la subrogation réelle, instrument de conservation, se présente aussi comme instrument d'équilibre.

SECTION II

LA SUBROGATION REELLE, INSTRUMENT D'EQUILIBRE

427. — Cette fonction de la subrogation réelle a été soulignée par H. Capitant (39). Selon cet auteur, lorsqu'un ou plusieurs groupes de biens sont soumis à un régime juridique différent de celui des autres biens composant le même patrimoine, la subrogation empêche des passages indus de valeurs d'un groupe dans un autre. Elle assure donc bien l'équilibre entre ces groupes. Il en est ainsi sous certains régimes matrimoniaux, dans les successions bénéficiaires, les successions anomales, les libéralités avec charges. Mais Capitant présente de l'équilibre une notion purement technique. Une telle conception nous paraît devoir être rejetée ; c'est ce que nous ferons avant d'examiner sur le seul plan des buts les rapports existant entre l'idée d'équilibre et la subrogation réelle.

§ 1er. — Inexactitude d'une conception purement technique de l'équilibre

428. — L'opinion d'H. Capitant peut se ramener à deux propositions, du reste simplement affirmées : 1° lorsque la subrogation assure l'équilibre entre deux ou plusieurs groupes de biens son rôle est purement technique ; c'est là un trait caractéristique important, qui sert de base à la classification faite par Capitant des cas de subrogation réelle (cf. *supra,* N°s 39 et suiv.) ; 2° selon cette classification ce rôle technique d'équilibre s'oppose en effet à celui, purement équitable, que joue la subrogation du prix à la chose dans les droits réels. (cf. *supra,* N° 41). Ce sont ces deux propositions qui nous paraissent inexactes.

429. — Il n'est pas exact d'abord que l'équilibre soit une technique. La technique, par essence, consiste dans un ensemble de procédés spéciaux utilisés par un art déterminé en vue d'atteindre certaines fins. Elle concerne donc des *moyens* et non *des buts*. En ce sens, l'action *de in rem verso,*

(39) Cf. Rev. trimestr. dr. civ., pp. 385 et suivantes, et *supra,* N°s 38 et suivants.

les récompenses sous le régime de communauté et leur mode de règlement (prélèvement, ou rapports, art. 1471-1472 du Code civil), la subrogation réelle, etc... relèvent de la technique. Ce sont des procédés par lesquels le législateur entend parvenir à un but déterminé. Et ce but est précisément de réaliser un équilibre entre les masses de biens en présence, d'empêcher, par exemple, sous le régime de communauté, que la masse des biens communs ne se trouve, au moment du partage, augmentée ou diminuée aux dépens du patrimoine propre de l'un des époux. Cet équilibre n'est donc pas un procédé technique, mais un but, qui appelle lui-même, pour être réalisé, certains procédés, parmi lesquels la subrogation réelle, relevant, eux, de la technique juridique.

Dès lors, point n'est besoin de recourir à la notion d'équilibre pour démontrer « l'utilité technique » de la subrogation réelle. Cette utilité est une évidence pour un procédé qui relève lui-même de la technique ! En réalité, faire intervenir cette idée d'équilibre c'est justifier le jeu de la subrogation, non par son utilité technique, comme le dit Capitant, mais par son but.

430. — Et on ne saurait, avec cet auteur, attribuer un caractère technique à ce but lui-même pour justifier son opposition avec l'équité. D'abord, parce que, dans la réalité, la technique, en général, ne s'oppose pas à l'équité, qu'au contraire elle a pour mission de satisfaire (*supra,* N° 45). Ensuite, parce que les notions de buts et de technique sont en elles-mêmes antinomiques, la technique étant par définition un ensemble de moyens. Parler d'un but technique est proprement un contre-sens. Pour appeler les choses par leur nom, disons simplement que l'équilibre est un but de la subrogation réelle, sauf à conclure que le fondement donné par Capitant à l'opposition entre l'équilibre et l'équité disparaît.

Il reste alors à savoir si, indépendamment de ce fondement, l'opinion peut être retenue sur le seul terrain des buts. A la vérité, elle apparaît à cet égard aussi infondée que dans la présentation que lui donne Capitant. Comment soutenir que l'équilibre préservé par la subrogation réelle est étranger, et surtout opposé, à l'équité ? Il suffit de reprendre les exemples auxquels Capitant lui-même se réfère pour se convaincre de l'inexactitude de ce point de vue. Ainsi, pourquoi la subrogation du prix à la chose satisferait-elle à l'équité dans l'exercice de la revendication (cf. *supra* N° 41) et non dans les reprises matrimoniales sous le régime de communauté (cf. *supra* N° 40) ? La subrogation réelle dans la revendication vise à éviter l'enrichissement injuste du

possesseur au détriment du vrai propriétaire. Demogue a insisté sur cette justification qui l'a même conduit à assimiler la subrogation réelle à l'action *de in rem verso* (cf. *supra* N^os^ 30 et 326 et suiv., *infra* N° 532). Mais la subrogation réelle sous le régime de communauté n'a pas d'autre inspiration. Elle évite qu'un époux s'enrichisse aux dépens de l'autre. C'est cette raison, équitable s'il en fut, qui est à l'origine, dans l'ancien droit, de la subrogation réelle et de la théorie des récompenses (40). De même, on cherche en vain ce qui s'oppose à l'équité dans tous les cas où Capitant reconnaît que la subrogation réelle assure un équilibre : successions bénéficiaires, successions anomales, libéralités avec charges (41). En chacune de ces hypothèses, la subrogation réelle évite qu'une valeur appartenant à une masse de biens n'accroisse indûment une autre masse. Il est clair que ce résultat exprime à la fois l'équilibre et l'équité.

En réalité, l'équité est un but général de la subrogation réelle. Mais elle ne suffit pas à caractériser ce but, car elle est aussi, en principe, celui de tout le droit. L'équilibre entre des valeurs est l'aspect précis que prend l'équité quand il s'agit de traduire les buts de la subrogation réelle. Aussi bien, cet équilibre lui-même est-il également le but général de la subrogation. C'est ce qu'il nous faut montrer plus spécialement en recherchant les rapports qui existent entre l'idée d'équilibre et la subrogation réelle.

§ 2^e^. — Rapports entre l'idée d'équilibre et la subrogation réelle

431. — Il est notable que Capitant reconnaît à l'idée d'équilibre une portée limitée. Pour lui (42), la subrogation n'est un instrument d'équilibre que dans les cas où les biens se trouvent soumis à un régime juridique différent de celui des autres biens composant le même patrimoine. Il en est ainsi sous les régimes matrimoniaux où la subrogation réelle assure l'équilibre entre les propres et les biens communs, entre les biens dotaux et les paraphernaux. Elle joue le même rôle dans les libéralités avec charges en empêchant toutes les valeurs provenant des biens donnés de suivre le régime général des autres biens du donataire. La même fonction se retrouve exactement au regard des successions

(40) Comp. Ripert et Boulanger, III, N^os^ 887 et 893.
(41) Capitant, *op. cit.*, § 3, N° 1.
(42) *Ibid.*

bénéficiaires et des successions anomales. Mais l'idée d'équilibre n'est plus invoquée par Capitant lorsqu'il s'agit de justifier la subrogation réelle dans la revendication d'un patrimoine par son titulaire (pétition d'hérédité, revendication de ses biens par l'absent de retour prévue par l'article 132 du Code civil) où elle continue pourtant à se voir attribuer un rôle technique, et encore moins dans la revendication d'un bien isolé par son propriétaire ou dans le droit de préférence d'un créancier bénéficiaire d'une sûreté réelle, la seule justification proposée se ramenant alors à l'équité (43). De telles restrictions ne répondent pas à la réalité. Sans doute, la fonction d'équilibre de la subrogation réelle est-elle particulièrement sensible lorsque deux ou plusieurs masses de biens sont en présence entre les mains d'une même personne. Aussi, Planiol, avant Capitant, l'avait-il signalée dans ce cas (44). Mais il est clair qu'il en va exactement de même et pour la même raison, dans les revendications d'un patrimoine telle celle prévue par l'article 132 du Code civil, ou la pétition d'hérédité. Là aussi la subrogation réelle assure l'équilibre entre les masses de biens. Sans elle, les valeurs provenant du patrimoine de l'absent ou de l'héritier véritable passeraient dans celui de l'envoyé en possession ou de l'héritier apparent. Rien n'autorise à écarter ici l'idée d'équilibre alors qu'on y fait justement appel pour expliquer la subrogation réelle, par exemple dans l'exercice des reprises des propres sous le régime de communauté. Dans les deux séries d'hypothèses, la subrogation empêche des passages indus de valeurs d'un groupe dans un autre. La fonction d'équilibre y est donc également exacte et également sensible.

Mais on doit aller plus loin. Cette fonction n'est pas liée à l'existence de *masses* de biens ; elle se trouve aussi fidèlement remplie lorsque la subrogation intervient dans un droit portant sur un bien isolé. Capitant lui-même n'aurait sans doute pas contesté que la subrogation continue à assurer sa mission d'équilibre sur le régime de communauté même lorsque le patrimoine propre intéressé se réduit à un seul bien. De même peu importe au rôle joué par la subrogation réelle dans la pétition d'hérédité que cette hérédité comporte un ou plusieurs biens. Aussi bien la subrogation réelle joue-t-elle toujours son rôle d'équilibre dans la revendication ordinaire comme dans les hypothèses précédentes. Elle empêche que des valeurs provenant d'un bien seulement détenu par un possesseur n'accroissent définitivement le patrimoine de celui-ci. Là encore, il faut maintenir un équi-

(43) *Op. cit.*, § 3, N° 2, et § 4.
(44) Planiol, III, N° 922, note (1).

libre entre le patrimoine du revendiquant et celui du possesseur, ou, si l'on veut, entre ce que le possesseur détient à titre de simple possesseur et à titre de propriété. Le moyen de maintenir cet équilibre menacé par les fluctuations matérielles est la subrogation réelle. Il en est toujours ainsi qu'il s'agisse de perpétuer l'exécution d'une charge ou d'une fondation écrite dans une libéralité, ou l'affectation d'un bien au paiement préférentiel de créanciers hypothécaires ou privilégiés, ou encore de maintenir l'indivision successorale, une succession anomale etc... ; toujours la subrogation réelle empêche qu'une fluctuation matérielle ne mette fin à un régime déterminé qui s'appliquait à un ou plusieurs biens et qui se distinguait du régime applicable à d'autres biens (45). Or, cette différence entre deux régimes représente toujours un certain équilibre, équilibre entre les intérêts du bénéficiaire de la charge grevant un bien et les autres ayants cause du propriétaire du bien grevé, équilibre entre les intérêts du créancier hypothécaire et ceux des créanciers chirographaires, etc... Naturellement, on y est surtout sensible au moment où il est menacé, c'est-à-dire lorsque des fluctuations matérielles se produisent. Comme c'est à cette occasion que la subrogation réelle intervient et précisément pour empêcher une rupture qui sans elle se produirait, on conçoit qu'elle se présente toujours comme un instrument d'équilibre. En ce sens, *l'équilibre est un but spécifique de la subrogation réelle.*

432. — Cette fonction étant ainsi comprise, ses rapports avec la mission simplement conservatrice de la subrogation réelle ne sauraient échapper. Elle s'en distingue en ce qu'elle traduit le résultat objectif obtenu par la subrogation réelle. Si le but *immédiat* et nécessaire de celle-ci est de conserver un bien à sa destination, son but *médiat,* mais non moins nécessaire, est d'assurer un équilibre dans une occasion où il est précisément menacé d'être rompu.

Ce résultat objectif dont, suivant les circonstances, l'intérêt économique, social ou simplement moral prévaut, invite à envisager les buts de la subrogation réelle sous un angle plus général et plus simple que celui offert par la seule considération de l'affectation, voire de la destination (cf. *supra,* N° 426) conservée d'un bien sur un autre. Le rôle dont la subrogation réelle est susceptible et les utilités qu'elle peut présenter, se trouvent ainsi éclairés d'un jour plus nuancé, permettant une compréhension plus complète.

Mais si le but d'équilibre mérite d'être ainsi distingué

---

(45) Comp. Planiol, *op. cit.*

du but strictement conservatoire, il importe de souligner qu'il lui est intimement lié et qu'il en procède directement. Nous venons de voir que la subrogation réelle *préserve* un équilibre, mais qu'elle ne le crée pas. A la vérité, cet équilibre qui réside dans une différenciation entre le régime appliqué à un ou plusieurs biens déterminés et celui qui régit les biens voisins, procède de la naissance du droit subjectif conservé par la subrogation réelle. Il est donc clair que c'est précisément dans la mesure où la subrogation conserve ce droit et la destination qu'il assigne à son objet, qu'elle préserve l'équilibre initial. C'est la perpétuation de la destination assignée au bien ancien qui empêche l'équilibre résultant de cette destination de se trouver rompu. De sorte que la subrogation n'est un instrument d'équilibre que parce qu'elle est aussi un instrument de conservation. Ainsi, l'importance prépondérante revient finalement au rôle conservatoire de la subrogation réelle. Et comme, sur le plan des buts, ce que conserve la subrogation réelle c'est la destination assignée au bien initial par le droit subjectif lui-même conservé (*supra,* N° 426), on ne saurait trop insister, pour conclure cette analyse des buts de la subrogation réelle, sur le rôle joué par cette destination. C'est par elle notamment que l'on peut discerner comment la subrogation réelle se rattache à ses buts, point qu'il convient maintenant d'examiner.

CHAPITRE II

RATTACHEMENT DE LA SUBROGATION REELLE A SES BUTS

433. — L'analyse précédente nous a conduits à étudier les buts de la subrogation réelle sous un angle simplement objectif : la subrogation réelle étant supposée accomplie, il nous a suffi de rechercher à quoi elle sert et quelles fins, par sa nature même, elle permet d'atteindre. Le problème peut aussi être abordé sous un angle plus actif qui consiste, en l'état d'une destination quelconque existant sur un bien, à rechercher quand et à quelles conditions la subrogation réelle se révèle désirable en cas de fluctuation, c'est-à-dire quand elle répond à un but. On discerne, dès l'abord, l'intérêt accru de cette conception qui invite à mettre en lumière les raisons poussant le législateur, les particuliers ou les juges à recourir à la subrogation réelle dans chaque cas particulier, et qui conduit, par là même, à des solutions à la fois précises et constructives. On ne s'étonnera pourtant pas que cette seconde façon, la plus intéressante, d'étudier les buts de la subrogation réelle ait été ignorée par toutes les doctrines. Elle requiert, en effet, plus que la première, une distinction nette et consciente des buts en tant qu'élément rationnel propre du concept de subrogation réelle. Et nous savons qu'une telle distinction a toujours été étrangère aux auteurs qui se sont penchés sur la subrogation réelle (cf. *supra*, N° 61 et suiv.).

Il apparaît clairement qu'à poser le problème sur de telles bases, une importance majeure est reconnue à la destination initiale assignée au bien ancien. Ce qu'il faut rechercher c'est à quelles conditions cette destination doit normalement appeler la subrogation réelle, ou encore, comment la subrogation réelle se rattache à elle. A cet égard,

une condition essentielle est requise : la destination doit porter sur la valeur du bien qu'elle concerne, et non sur la matière. C'est cette condition qu'il nous faudra d'abord étudier, avant de rechercher ensuite comment s'exprime cette destination en valeur dont la perpétuation constitue le but fondamental de la subrogation réelle.

SECTION I

EXISTENCE D'UNE DESTINATION EN VALEUR

434. — Nous avons déjà amplement souligné que la subrogation réelle n'est, par essence, qu'un procédé consistant à maintenir à une destination quelconque *une valeur individualisée* (cf. *supra*, N^os^ 73 et 338). Le fait même de la succession, comme objet de droit, de deux biens dont l'un provient de l'autre, impose cette conclusion. C'est en ce sens qu'on a pu dire que la subrogation réelle réalise une « indisponibilité en valeur » (1). Il est donc normal que la subrogation réelle n'ait de raison d'être que si la destination initiale concernait plus la valeur que la matière du bien qui en était l'objet. Il est clair qu'une destination en nature, rivée à l'individualité physique du bien ancien, est par hypothèse même, incompatible avec le remplacement de ce bien par un autre et par conséquent exclusive de toute subrogation réelle. Concerner la valeur individualisée par les biens, telle est donc la condition fondamentale à laquelle une destination économique ou sociale quelconque rend la subrogation réelle désirable. Si cette condition n'est pas satisfaite, la subrogation n'a aucun sens, car elle ne répond à aucun but. Si, au contraire, cette condition est satisfaite, elle *appelle* logiquement et économiquement la subrogation qui puise en elle un dynamisme qu'on ne peut ignorer. En ce sens *c'est bien sur le plan des buts de la subrogation réelle, que la notion de valeur revêt toute son importance et toute sa signification.*

La nécessité de cette destination en valeur est imposée

(1) Cf. Henry, thèse, p. 376.

par le concept même de la subrogation réelle et ne souffre, à ce titre, aucune discussion. Il n'en va pas de même de son existence effective. Il faut, chaque fois, rechercher si la destination initiale assignée au bien ancien est en nature ou en valeur pour savoir si la question de la subrogation se pose. Et le premier réflexe, en présence d'un tel problème, est de rechercher s'il existe des directives générales propres à fournir des réponses dont la portée dépasse tel ou tel cas particulier.

435. — La notion d'affectation analysée et plus encore, utilisée par les auteurs modernes, ne saurait être à cet égard d'un bien grand secours. L'affectation peut aussi bien être en nature qu'en valeur. Et s'il est vrai que les fins économiques auxquelles un bien est le plus souvent affecté font très généralement appel aux valeurs pécuniaires, cette vérité n'est rien moins qu'absolue et ne dispense en aucune façon de déterminer dans chaque hypothèse l'objet exact de l'affectation. Le problème se pose donc pour les affectations dans les mêmes termes que pour toute destination.

La seule directive qui, sur le plan général, paraisse offrir quelque utilité, conduit à distinguer les hypothèses où la subrogation est spécialement prévue, de celles où elle ne l'est pas. Lorsqu'il existe une décision spéciale de subrogation, on est en effet certain que l'autorité qui l'a édictée a, du moins dans cette mesure, été sensible à la valeur individualisée par les deux biens successifs. La seule prévision de la subrogation réelle sur un point particulier atteste l'existence d'une destination en valeur au moins sur ce point. Le problème qui se pose alors est seulement de rechercher la portée de cette destination, de déterminer si elle s'étend ou non aux cas voisins, autrement dit d'*induire* de l'existence d'une subrogation réelle limitée la réalité d'une distination en valeur plus ou moins large rendant ou non l'extension de cette subrogation désirable. Lorsqu'au contraire il n'existe aucune décision spéciale de subrogation, on perd toute certitude *a priori* sur l'existence d'une destination en valeur même limitée. Force est donc de rechercher cette dernière directement et, si on l'établit, d'en *déduire* ensuite l'appel à la subrogation réelle. La difficulté, on le voit, varie dans les deux hypothèses et avec elle, la méthode propre à la résoudre. C'est cette méthode que nous nous proposons d'esquisser en l'illustrant non pas certes par l'examen de tous les cas où la question de la subrogation réelle peut se poser, mais par quelques exemples typiques. Pour ce faire, nous sommes naturellement amenés à distinguer, selon qu'il existe ou non une décision spéciale de subrogation.

§ 1er. — Cas où il existe une décision spéciale de subrogation

436. — La recherche est alors facilitée par la certitude qu'il existe une destination en valeur initiale au moins limitée au cas où la subrogation réelle est effectivement prévue. Il suffit, partant de ce point déjà acquis, de déterminer la portée de cette destination en valeur et de préciser si, en tant que telle, elle s'étend au delà de l'hypothèse précisément envisagée par la décision spéciale de subrogation. Ainsi, l'article 747, al. 2, du Code civil décide que l'ascendant donateur exerce son droit de retour successoral non seulement sur le bien par lui donné au *de cujus*, mais encore sur la créance du prix de vente si ledit bien a été aliéné. Cette disposition est l'indice indubitable que le législateur ne limite pas le droit du donateur au bien donné considéré dans son individualité matérielle. L'article 747, al. 2, ne se borne donc pas à une simple destination en nature, il trahit au moins l'amorce d'une destination en valeur. Faut-il en conclure que cette destination est purement et simplement en valeur, la succession anomale étant en réalité constituée moins par le bien donné lui-même que par la *valeur donnée* initialement représentée par lui ? Ou faut-il limiter cette destination en valeur à la créance du prix ?

La même question se pose à propos de toute décision spéciale de subrogation limitée, telles celles des articles 1407, 1434, 1934 du Code civil, 575, al. 2, du Code de commerce, etc.

437. — La réponse à lui apporter présente un intérêt évident.

Si la destination en valeur est aussi limitée que la décision spéciale de subrogation elle-même, aucune extension de celle-ci ne se conçoit, puisqu'en dehors de ses prévisions expresses la subrogation ne répond à aucun but. Peu importe alors que la subrogation trouve dans la technique juridique des moyens de réalisation favorables (cf. *infra*, Nos 556 et suiv.). Ces moyens ne peuvent que *permettre* une subrogation trouvant dans ses buts sa justification. Ainsi, pour reprendre l'exemple du droit de retour successoral de l'ascendant donateur, peu importe que la réclamation de celui-ci porte sur une universalité juridique (2). Cette considération purement technique est par elle-même impropre à commander la subrogation au delà des termes stricts de l'article 747, al. 2, du Code civil, si d'autre part cette subrogation ne répond pas à un but, c'est-à-dire si la succession ano-

(2) Comp. *op. cit.*, p. 354.

male destinée au donateur est, en principe, constituée par les biens donnés considérés en nature et non par la valeur individualisée qu'ils représentent (3). Aussi bien cette question de destination générale en valeur ou en nature de la succession anomale, c'est-à-dire de but de la subrogation réelle, doit elle être *d'abord* tranchée avant de déterminer si l'action qui, sur le plan technique, sanctionne le droit de retour permet ou non cette subrogation. La détermination de l'objet de la destination présente donc un intérêt primordial.

Si, au contraire, la décision spéciale de subrogation limitée est, en réalité, l'indice d'une destination en valeur beaucoup plus large, la subrogation réelle se révèle désirable et justifiée, dans toute la mesure de cette destination en valeur élargie. Il n'est certes pas dit alors que la subrogation réelle tout entière doive pour autant être effectivement admise dans la même mesure. La destination en valeur indique quand et dans quelle mesure la subrogation est *désirable* ; mais la question de savoir dans quelle mesure elle est *possible,* dépend des facteurs techniques. En présence d'une technique défavorable, l'étendue reconnue à la destination en valeur n'entraîne pas une extension dans la même mesure du fonctionnement effectif de la subrogation réelle (cf. *infra,* N^{os} 613 et suiv.). Il n'est pourtant pas sans intérêt de reconnaître, même alors, la destination en valeur faisant désirer la subrogation réelle, ne serait-ce que pour comprendre les efforts déployés par la jurisprudence et par la doctrine en vue d'étendre le jeu de la subrogation réelle, ou pour promouvoir des interventions législatives mettant les moyens de réalisation en accord avec les buts. Mais l'intérêt pratique d'une extension de la destination en valeur éclate en toute lumière lorsque la technique juridique est favorable au jeu de la subrogation réelle. Comme celui-ci se trouve alors directement commandé par la destination en valeur (cf. *infra,* N° 590), l'extension reconnue à cette destination entraîne automatiquement une admission élargie de la subrogation réelle tout entière. Ainsi, pour continuer à

(3) Le fait que l'action de l'ascendant donateur porte sur une universalité juridique n'implique pas nécessairement que les biens sur lesquels s'exerce le droit de retour soient destinés au donateur en valeur et non en nature. Ainsi, les auteurs qui, au XIX^{e} siècle, ont soutenu que l'article 747 du Code civ. exprimait une destination en nature (Demolombe, XIII, N° 541 ; Laurent, IX, N° 191 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, successions, I, N° 719) n'ont jamais contesté pour autant que le droit de retour fût un droit de succession et que, par conséquent, l'action le sanctionnant portât sur une universalité juridique. La distinction entre les buts et les moyens apparaît ici nettement ; nous aurons à la relever de nouveau (cf. *infra,* N° 558).

prendre l'exemple du droit de retour de l'ascendant donateur, le fait que ce droit soit un droit successoral sanctionné par une action réelle générale (4) n'opposant à la subrogation réelle aucun obstacle technique, permet d'étendre le fonctionnement effectif de la subrogation au delà des termes mêmes de l'article 747, al. 2, du Code civil, dans la mesure même où on peut estimer que l'article 747 tout entier exprime une destination en valeur. L'extension reconnue à cette destination se traduit directement sur le jeu de la subrogation réelle, ce qui est normal car en l'absence d'obstacle technique, la subrogation est naturellement subordonnée à son seul but.

Ainsi, toute limitation de la destination en valeur entraîne logiquement une limitation dans la même mesure du jeu de la subrogation réelle sans qu'il y ait à tenir compte de l'incidence des facteurs purement techniques. Et toute extension de la destination en valeur se traduit directement sur le fonctionnement de la subrogation dès lors du moins que les moyens techniques de réalisation ne s'opposent pas à cette soumission directe de la subrogation à ses buts. Les intérêts qu'offre la détermination de l'étendue de la destination en valeur ne sont donc pas niables.

Il reste à procéder à cette détermination. A cet égard, l'existence d'une décision spéciale de subrogation permet de dégager une règle générale d'interprétation, dont on peut démontrer l'utilité par quelques exemples d'application.

1er POINT. — REGLE GENERALE D'INTERPRETATION

438. — Il n'est pas douteux que pour découvrir la portée d'une destination en valeur, il faille analyser l'intention de l'autorité (loi ou particuliers) qui a créé cette destination. C'est bien de cette volonté que tout dépend en définitive. Toutefois, l'existence d'une décision spéciale de subrogation pose ce problème d'interprétation sous un jour particulier.

La décision spéciale de subrogation est, à tout le moins, l'indice d'une destination en valeur limitée. Dès lors, on est naturellement conduit à rechercher la raison de cette limitation. *A priori*, la destination en valeur est assez peu divisible. Elle existe ou non ; mais si elle existe sur un point déterminé on est en droit, *sauf raisons particulières*, d'admettre également son existence sur tous les points voisins,

(4) Cf. Henry, thèse, p. 355.

c'est-à-dire dans toutes les hypothèses où la même valeur individualisée se retrouve. Si, par exemple, le législateur prévoit la subrogation du prix à la chose dans l'exercice d'un droit quelconque, cela prouve incontestablement qu'une destination en valeur existe au moins pour ce qui concerne la créance du prix dans ses rapports avec la chose initiale. Mais une telle prudence dans la conclusion relève d'une logique trop strictement formelle. Si on envisage la question au point de vue économique ou social, c'est-à-dire au point de vue de la vie réelle et concrète, comment ne pas se demander pourquoi le prix seulement est subrogé à la chose ? On aperçoit alors immédiatement une raison qui pousse à écarter la subrogation de n'importe quel bien au bien initial : n'importe quel bien peut ne pas provenir du bien initial et par conséquent ne pas représenter, comme le fait le prix de vente, la même valeur individualisée. Or, il est clair que la persistance d'une destination en valeur ne se conçoit économiquement et pratiquement que *sur une même valeur* identifiée par son origine (cf. *supra,* N^{os} 306 et suiv.). Par conséquent, la logique même de la destination en valeur conduit à limiter celle-ci aux biens qui proviennent de l'ancien. Mais à cette limitation se borne la conclusion ; elle exclut de la subrogation non pas tous les biens autres que la créance du prix, mais seulement ceux ne provenant pas de l'ancien. Pour établir une discrimination parmi tous les biens qui proviennent de l'ancien tout aussi exactement que le prix de vente, on est amené à rechercher d'autres raisons tirées de l'analyse de chaque cas particulier et non de la destination en valeur elle-même. A partir du moment où la subrogation du prix à la chose a paru désirable (et ce point est incontestable puisqu'on se trouve par hypothèse en présence d'une telle subrogation) on est inévitablement porté à se demander, dans la réalité, pourquoi toute autre subrogation ne serait pas aussi désirable à condition naturellement que le bien à subroger provienne du bien initial. Autrement dit, *la destination en valeur étant admise sur un point limité a une tendance naturelle à valoir pour tous les biens provenant du bien ancien ; de sorte que ce que l'on est amené à justifier c'est, non pas son extension, mais sa limitation au cas prévu par la décision spéciale de subrogation.*

439. — Il est facile d'illustrer cette conclusion par un exemple précis. Celui du droit de retour successoral de l'ascendant donateur, prévu par l'article 747 du Code civil, va encore nous servir. Les arguments ne manquent certes pas pour limiter la consistance de la succession anomale destinée au donateur, aux biens donnés considérés dans leur indi-

vidualité matérielle (5). Mais il se trouve que l'article 747, al. 2, subroge dans l'attribution de la succession anomale au donateur, la créance du prix au bien donné si celui-ci a été aliéné. La question se présente dès lors sous un jour particulier. Il n'est pas douteux que cette subrogation du prix à la chose traduit une destination en valeur au moins limitée (cf. *infra*, N°s 442 et suiv.). Comment alors ne pas se demander pourquoi le législateur aurait limité cette destination en valeur au prix de vente ? Admettre cette limitation en se fondant sur le simple fait que le texte n'en a pas dit plus, relèverait d'une exégèse tellement stricte, qu'elle ne pourrait pas échapper au reproche de formalisme aveugle. Si on veut appliquer ce texte de façon rationnelle et réfléchie, même à la créance du prix, force est bien de savoir pourquoi le législateur a subrogé le prix de vente et non tout autre bien donné. Pour quelle raison la subrogation jugée désirable du prix à la chose, ne le serait-elle pas, selon la conception même que le législateur se fait de la succession anomale, de tout autre bien provenant de la même chose. Le fait que le législateur attribue au donateur non seulement la chose donnée, mais aussi la créance du prix, atteste qu'il ne considère pas la succession anomale comme strictement limitée à la matière des biens donnés et qu'il l'étend à la valeur individualisée par ces biens. Dès lors, il faut rechercher pourquoi cette extension vaudrait pour la créance du prix et non pour tout autre bien provenant du bien donné. Partant ainsi de la décision spéciale de subrogation contenue dans l'article 747, al. 2, on est, par le fait même qu'elle est l'indice d'une destination en valeur, naturellement conduit à rechercher les raisons justifiant la limitation de cette destination au prix, ce qui revient à lui reconnaître *à priori* une portée maximum (c'est-à-dire sa portée normale).

Que l'on se penche sur tous les cas de décision spéciale de subrogation limitée et l'on verra que toujours la question se pose en ces termes. Toute décision spéciale de subrogation est ainsi douée d'un véritable *dynamisme interne*. Certes, il ne convient pas de pousser ce dynamisme jusqu'à des conclusions excessives. Il signifie simplement que la subrogation réelle jugée désirable dans le cas précis où elle est prévue, est également *désirable* dans les cas voisins où elle répond exactement aux mêmes buts. Il ne faut pas, avec la majorité des auteurs modernes et contemporains (*supra*, N°s 35 b, 44, 59), conclure que cette extension désirable est du même coup *possible*, et, admettre systématiquement une

(5) Cf. auteurs précités, note (3), et Henry, thèse, pp. 357 et suivantes.

subrogation étendue chaque fois qu'elle est prévue sur un point particulier et pour cette seule raison. Nous savons déjà qu'une telle conclusion n'est admissible que lorsque la technique juridique n'oppose pas, de son côté, d'obstacle à la réalisation de la subrogation réelle (*supra,* N° 437 et *infra,* N^os^ 612 et suiv.). Mais, ainsi corrigée par cette réserve capitale, cette conclusion ne fait que souligner l'intérêt qu'il y a à relever le dynamisme de toute décision spéciale de subrogation sur le plan des buts. *Toute décision spéciale de subrogation fait présumer une destination en valeur plus générale, dont la limitation éventuelle doit être justifiée par des raisons propres à chaque cas particulier.*

L'intérêt attaché à toute destination en valeur (*supra,* N° 437) fait mesurer la portée pratique d'une telle règle générale d'interprétation qui vaut effectivement pour le jeu de la subrogation tout entière dans les cas où la technique juridique est favorable à sa réalisation. Il reste à en préciser l'application par quelques exemples.

2^e^ *POINT. — APPLICATIONS.*

440. — Nous ne saurions naturellement, dans un travail visant surtout à analyser le concept de la subrogation réelle et à dégager les principes des solutions sans prétendre à un casuisme exhaustif, citer tous les cas de décision spéciale de subrogation. Nous nous bornerons à quelques exemples : les successions anomales, les sûretés réelles, les régimes matrimoniaux. Ils nous paraissent suffisamment typiques pour illustrer la méthode de raisonnement qui nous paraît préférable et que nous proposons.

I. — LES SUCCESSIONS ANOMALES.

441. — L'article 747, al. 2, du Code civil, déclare que l'ascendant donateur succède non seulement aux biens par lui donnés à son enfant décédé sans postérité, mais encore, si ledit bien a été aliéné, à la créance du prix qui peut en être dû, ainsi qu'à l'action en reprise que pouvait avoir le donataire. L'article 766, de son côté, étend dans la même mesure le droit de retour des frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel sur les biens que ce dernier, décédé sans postérité, tenait de ses père et mère. Cette seconde disposition est directement inspirée de la première, la plus ancienne, qu'on prend généralement pour type (6). Nous nous conformerons

(6) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 1770.

à cette tradition. Ayant déjà invoqué le droit de retour de l'ascendant donateur à l'appui de nos développements montrant comment se pose le problème de la recherche de la destination en valeur, quel est son intérêt, et quelle règle générale d'interprétation commande sa solution (cf. *supra*, N^os^ 436 et suiv.), il nous reste maintenant à rechercher si l'article 747, al. 2, est bien l'indice d'une destination en valeur, autrement dit, si cette disposition révèle une conception de la succession anomale rendant la subrogation réelle généralement désirable sur tout bien provenant du bien donné.

Cette question intéresse au fond l'essentiel (7) de la controverse bien ancienne qui s'est instaurée sur l'interprétation stricte ou extensive de l'article 747, al. 2. Serrant de très près un texte incontestablement restrictif, les tenants de la destination en nature, voyant dans l'article 747, al. 2, une dérogation limitée à l'article 747, al. 1^er^, seul texte de principe, n'ont manqué ni au XIX^e^ siècle (8), ni au XX^e^ (9). Ils n'ont du reste pas empêché la doctrine extensive d'avoir des partisans (10). C'est même en ce sens qu'a penché la jurisprudence dans des arrêts anciens, et généralement discutables (11). Sans prétendre la reprendre dans son entier (12), nous nous bornerons à proposer une solution illustrant la règle générale d'interprétation que nous avons dégagée (*supra*, 1^er^ Point).

---

(7) Cette controverse concerne aussi la nature technique de la réclamation de l'ascendant donateur, action réelle générale portant sur une universalité juridique. Cf. Aubry et Rau, 3^e^ édit., V, § 608, pp. 127, 128, 129, et Henry, thèse, pp. 354 et 361. Nous rencontrerons ultérieurement cette partie de raisonnement qui, du reste, ne souffre pas de difficultés. Cf. *infra*, N° 596.

(8) Cf. références citées *supra*, note (3).

(9) Cf. Planiol, III, N° 1916.

(10) Aubry et Rau, 3^e^ édit., cf. *supra*, note (7) ; dans la quatrième édition (VI, § 608, pp. 354 et 359) ces auteurs limitent l'extension à la subrogation au premier degré, afin d'éviter des confusions de valeurs, ce qui n'affecte pas la reconnaissance d'une destination en valeur étendue ; Henry, thèse, pp. 359 et suivantes.

(11) Civ., 30 juin 1817, S. 1817. 1. 313. Cet arrêt n'est pas très probant, car il s'agissait d'une donation de somme d'argent employée par le donataire à l'acquisition d'effets et d'obligations eux-mêmes considérés comme « valant numéraire » ; Lyon, 24 août 1871, S. 1872. 2. 121 : seuls les motifs de cet arrêt sont à retenir, car son dispositif est étranger à la subrogation réelle (cf. *supra*, N° 325). Trib. civ., Lyon, 8 avril 1895, Pand. fr., 1896. 2. 225 : ici encore les motifs seuls du jugement méritent l'attention, la subrogation ayant été écartée en raison de la confusion de fait entre la succession anomale et la succession ordinaire ; Trib. civ., Fontainebleau, 25 mars 1896, *Rev. gén. du notariat*, 1896, T. XVI, N° 9128.

(12) V. son exposé d'ensemble dans Henry, thèse, pp. 356 et suivantes.

Partant du texte même de l'article 747, al. 2, permettant à l'ascendant donateur de reprendre la créance du prix, il est nécessaire de répondre à deux questions : pourquoi cette reprise a-t-elle été édictée ? pourquoi a-t-elle été limitée au prix ? (comp. *supra* N^os^ 438 et 439).

A. — Pourquoi l'article 747, al. 2, édicte-t-il la reprise du prix de vente ?

442. — Le recours à la nature successorale du droit de l'ascendant portant sur une universalité juridique (13), ne saurait fournir une réponse à cette question. Le concept technique d'universalité juridique ne commande pas nécessairement une reprise autre que la reprise en nature. L'article 747, al. 1^er^, aurait seul été écrit, comme l'est du reste l'article 357 du Code civil relatif au droit de retour de l'adoptant, que le droit de l'ascendant n'en aurait pas moins été un droit de succession (14) portant donc sur une universalité juridique. La nature successorale du droit de retour s'harmonise certes mieux avec la conception d'une destination en valeur de la succession anomale qui expliquerait elle-même la reprise du prix ; mais elle ne commande pas nécessairement cette conception. On ne peut donc pas répondre que c'est parce qu'il a vu dans le droit de l'ascendant un droit de succession que le législateur a fait porter ce droit sur la créance du prix de vente.

Du reste, les auteurs qui ont vu dans l'article 747 une destination en nature n'ont pas nié le caractère successoral du droit de l'ascendant (15) attestant par là la compatibilité entre ces deux notions. Mais ils sont allés plus loin et ont fait entrer la succession au prix, dans le cadre même d'une destination en nature, en ne voyant en elle qu'une variété, à peine étendue, de la succession en nature dont le principe est formellement posé par l'article 747, al. 1^er^. Selon eux, l'ascendant succède au bien donné et éventuellement aux moyens de récupérer ledit bien *en nature* dans le cas où le donataire s'en est défait. C'est pourquoi l'ascendant succède à l'action en reprise qui n'est qu'un moyen de reprendre le bien ; il succède aussi au prix non payé, car tant que le prix n'est pas payé, le vendeur dispose de l'action en résolution de la vente qui aboutit elle aussi à reprendre le bien en nature. Toutes ces règles ne sont au fond qu'une application de l'adage : *qui actionem habet ad rem recuperandam,*

(13) Aubry et Rau, cf. *supra,* notes (7) et (10).
(14) Cf. Ripert et Boulanger, III, N^os^ 1766 et suivants.
(15) V. auteurs cités *supra,* note (3), et Henry, thèse, pp. 357 à 359.

ipsam rem habere videtur, lequel traduit bien une destination en nature. Ce serait donc selon ces auteurs pour compléter la destination en nature écrite dans l'alinéa 1er, que que l'alinéa 2 de l'article 747 aurait créé la succession au prix non payé. C'est pourquoi ce système est dit « de l'identité ».

En réalité, cette assimilation de la succession au prix à la succession au bien n'est guère convaincante. Après tout, ce n'est pas parce qu'en succédant au prix il succède aussi à l'action en résolution que l'ascendant intentera nécessairement cette dernière action. Il peut aussi bien poursuivre l'action en paiement ; telle est même la voie normale et première qu'il doit employer. L'acquéreur de son côté peut toujours faire échec à l'action en résolution en payant le prix. Il se peut même que l'action en résolution devienne impossible, l'action en paiement subsistant seule. C'est ce qui se passe, par exemple, si le vendeur renonce à l'action en résolution ou si l'acquéreur est déclaré en faillite avant l'exercice de l'action en résolution (article 550, dernier al. du Code de commerce). Il est donc toute une catégorie d'hypothèses, sans doute même les plus nombreuses, où l'ascendant créancier du prix n'obtient jamais que ce prix et non le bien initialement donné. Du reste, l'action en résolution, dans la mesure même ou elle aboutit à la récupération de la chose, n'est qu'une action en reprise (16). L'ascendant y succède en vertu d'une disposition spéciale de l'article 747, al. 2, indépendante de celle que prévoit la succession au prix. La conclusion s'impose donc : la créance du prix se présente comme un bien nouveau distinct du bien donné et la question demeure posée : pourquoi l'ascendant y succède-t-il ?

443. — La seule réponse satisfaisante paraît être que le législateur n'a pas eu de la succession anomale une conception rigoureusement attachée à l'individualité matérielle du bien donné. En attribuant à l'ascendant la créance du prix, la loi a montré qu'elle voyait dans la succession anomale non seulement tel ou tel bien, mais aussi la valeur pécuniaire qu'il représente. Cette conclusion traduit une évidence. A partir du moment où le droit du donateur est étendu à la créance du prix, laquelle ne peut être considérée que dans sa valeur économique, il n'est pas possible de voir dans l'attribution de la succession anomale une destination en nature. Toute affirmation en ce dernier sens, loin d'être conforme aux textes, les méconnaît en réalité, car si elle s'appuie sur l'article 747, al. 1er, elle ne fournit aucune explication de l'article 747, al. 2. Or ce dernier texte est tout aussi réel que

(16) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 1795.

le premier ; et tout autant que le premier, il appelle une explication. Incompatible avec l'idée d'une destination en nature, l'article 747, al. 2, ne s'éclaire que par celle d'une destination en valeur.

Cette conception rejoint du reste les origines coutumières du droit de retour, dont la mission était alors de faire revenir certains biens entre les mains de ceux qui les avaient mis dans le patrimoine du défunt (17). On reconnaît là l'esprit des coutumes, soucieux de l'origine des éléments du patrimoine et désireux de déterminer les parts successorales selon le rôle pris par les parents dans l'élaboration de la fortune du défunt. Le droit de retour entrait dans le cadre de cette donnée successorale commutative, au regard de laquelle la valeur patrimoniale, le capital, compte logiquement autant, voire davantage, que l'individualité physique des biens (18) qui, elle, relèverait plutôt d'une donnée affective plus compatible avec les idées romaines du retour résolvant la donation (19). Or il n'est pas douteux que l'influence coutumière a été prépondérante sur les rédacteurs du Code civil. S'il est vrai que les travaux préparatoires sont sur ce point assez confus (20) la conception même du retour, droit de succession, trahit l'influence coutumière (21). Et il n'est pas sans intérêt de relever que Malleville proposait une conception extensive du retour, tant que la valeur réclamée ne se confondait pas avec le reste de la succession (22). L'évolution sociale et économique depuis le Code civil ne peut qu'affermir le rôle naturellement joué par l'idée de valeur dans ce domaine.

Ainsi, l'histoire, l'esprit des textes autant que leur lettre, militent en faveur de la seule conclusion permise par le bon sens : l'article 747, al. 2, est l'indice évident que le législateur a vu dans la succession anomale une valeur pécuniaire individualisée, autant que certains biens considérés dans leur individualité matérielle. Et la subrogation réelle, en général, entre dans la logique d'une telle conception. C'est en ce sens

---

(17) Comp. E. Gaudemet, *Rev. trimestr. dr. civ.*, 1902, p.739.

(18) Il faut noter ici que la subrogation réelle jouait, en droit coutumier, dans les biens par excellence destinés à la famille : les propres de succession ; cf. Henry, thèse, pp. 154 et suivantes. Elle jouait en cas d'échange (art. 143, Coutume de Paris, art. 385, Coutume d'Orléans, Loysel, *Institutes coutumières*, livre II, titre I, art. 17) et en cas de remploi, du moins lorsque le retrait lignager, naturellement concurrent de la subrogation, n'était pas exercé (Renusson, *Traité des propres*, chap. I, sect. X, § 32, et art. 94, Coutume de Paris).

(19) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 1763 et 1764.

(20) Cf. Maleville, *Analyse de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, II, pp. 213 et suivantes.

(21) Ripert et Boulanger, III, N°s 1766 et suivants, 1799.

(22) Maleville, *op. cit.*, et Henry, thèse, p. 356.

qu'on peut dire qu'elle apparaît comme désirable et qu'elle répond à un but. En vain objecterait-on qu'elle complique les choses en perpétuant une succession anomale par elle-même peu souhaitable (23). Une telle objection vise l'existence même des successions anomales. Si on veut les supprimer ou les restreindre, ce n'est pas par le biais de la subrogation réelle qu'il faut les attaquer, mais en principe et de *lege ferenda*. A rester sur le plan de l'application de la loi et non de sa modification, on doit reconnaître que la subrogation réelle complète le droit de retour tel que l'a entendu le législateur. C'est en conformité aux conceptions législatives, telles que l'article 747, al. 2, les traduit, qu'elle apparaît désirable. La doctrine l'a si bien senti, qu'elle a étendu la subrogation, au droit de retour de l'adoptant donateur pourtant formellement limité par l'article 357 du Code civil, aux choses données se retrouvant en nature, sans aucune application à la créance du prix, ni à tout autre bien ou action (24). Et la raison donnée de cette extension doctrinale, certainement injustifiable au regard de l'article 357, est l'assimilation du droit de l'adoptant à celui de l'ascendant (25), ce qui prouve que la doctrine voit dans les diverses successions anomales, une destination calquée sur le droit de l'ascendant et suffisamment générale pour appeler éventuellement la subrogation réelle sans l'appui d'un texte formel. Qu'est-ce que cette destination, sinon une destination en valeur ?

La conclusion s'impose donc. L'article 747, al. 2, décision spéciale de subrogation limitée, est l'indice d'une conception législative voyant dans l'attribution de la succession anomale, une destination en valeur rendant logiquement désirable une subrogation réelle plus large que celle expressément prévue par le texte. C'est alors que se pose, naturellement, la seconde question : pourquoi l'article 747, al. 2, a-t-il limité sa prévision à la créance du prix ?

B. — Pourquoi l'article 747, al. 2, limite-t-il la subrogation réelle au prix de vente ?

444. — Nous avons vu que les partisans de la théorie de « l'identité », apportaient à cette question, une réponse qui n'est pas valable (cf. *supra*, N° 442). Celle d'H. Capitant (26), l'est encore moins, qui consiste à affirmer que l'alié-

(23) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 1798.
(24) Cf. Henry, thèse, pp. 367-368.
(25) Cf. *op. cit.*, et Ripert et Boulanger, III, N°s 1770, 1789, 1794 et suivants.
(26) Rev. trimestr., 1919, pp. 385 et suivantes, § 3.

nation équivaut à une exhérédation et que si l'art. 747, al. 2, subroge néanmoins la créance du prix à la chose, c'est parce qu'il en est toujours ainsi au profit de ceux qui avaient un droit sur cette chose. Cette assimilation d'une simple aliénation à une dévolution testamentaire, sans autre appui textuel que l'article 747, al. 2, est pour le moins scabreuse sur le plan des formalités solennelles requises de tout testament. Il est au surplus divinatoire, sur le plan strictement psychologique, de déceler dans un acte d'aliénation ordinaire, une intention d'exhérédation. Le donataire a aliéné le bien donné, parce qu'il a estimé cette aliénation conforme à ses propres intérêts. Il le pouvait puisqu'il était propriétaire. Cela n'a rien à voir avec une dévolution testamentaire. Quant à l'explication de l'attribution du prix de vente au donateur par l'affirmation, du reste inexacte (cf. *infra,* N° 658), qu'il en est toujours ainsi au profit de ceux qui avaient un droit sur la chose vendue, comment peut-on y recourir au moment même où on vient d'affirmer que l'aliénation a valu exhérédation, supprimant, par conséquent, le droit sur la chose ? De toute façon, une telle explication se borne à justifier la règle par son existence même : « cela est, parce que cela est » ! C'est assez souligner la valeur qu'on peut lui reconnaître.

Les explications précédentes mises à part, il faut remarquer qu'aucun auteur partisan de l'interprétation stricte de l'article 747, al. 2, n'apporte de réponse à la question, de savoir pourquoi cet article limite la subrogation réelle à la créance du prix (27).

445. — A moins de déclarer que le législateur a cédé à une pure impulsion beaucoup plus qu'il n'a obéi à des motifs réfléchis, ce que l'on doit admettre seulement à défaut de toute explication plausible, il semble que la seule justification valable de la limitation de la subrogation au prix soit le souci d'éviter des confusions de valeurs entre la succession anomale et la succession ordinaire. Il est clair que la subrogation de la créance du prix, à la chose, ne présente à cet égard aucun danger. Ce prix, une fois versé, au contraire, il devient difficile de suivre les emplois successifs qui peuvent en avoir été faits. Le législateur a parfaitement pu craindre qu'on ne puisse jamais être certain de l'origine des biens ainsi acquis et, il a préféré couper court à ces dangers. Cette crainte est très explicable sur le plan général de la subrogation réelle, qui n'est jamais désirable que dans le cadre d'une suffisante individualisation de la valeur subrogée par sa

(27) Cf., notamment, Planiol, III, N° 1916 ; Ripert et Boulanger, III, N° 1798.

provenance (*supra,* N^{os} 306 et suiv.). Ainsi, s'explique une certaine méfiance que nous avons déjà relevée, à l'égard de la subrogation au second degré (cf. *supra,* N° 357).

Elle se conçoit d'autant plus dans le cas particulier des successions anomales que les difficultés de preuve, soulevées par une telle subrogation, ont pu paraître regrettables au législateur, non seulement en raison de l'exactitude douteuse de la preuve administrée, mais encore en raison de la simple mise en œuvre de cette preuve. Admettre la subrogation au second degré aurait ouvert la porte à des recherches poussées et indiscrètes dans les papiers du défunt, déclenchées par l'ascendant donateur, malgré le désagrément possible et même probable des autres héritiers. De telles recherches ne pouvaient qu'encourir la défaveur d'un législateur généralement hostile à toute influence de l'origine des biens sur leur dévolution successorale. Il n'est pas surprenant que la loi ait vu là, une raison de ne pas ouvrir, à l'occasion du droit de retour, lui-même admis à titre exceptionnel et sous l'influence de la tradition (28), un débat délicat sur l'origine incertaine d'un bien acquis par le défunt. On le conçoit d'autant mieux que le réclamant est ici un donateur qui s'est volontairement dépouillé au profit du défunt, créant ainsi une situation différente de celle dans laquelle se trouve par exemple l'absent de retour réclamant son patrimoine à l'envoyé en possession, à propos de laquelle l'article 132 du Code civil prévoit une subrogation très large (29).

Ces considérations, qui paraissent refléter fidèlement l'esprit de la loi, sont du reste proposées par Aubry et Rau (30) et partagées par la jurisprudence. On ne saurait mieux faire, à cet égard, que citer les motifs de l'arrêt de la Cour de Lyon du 27 août 1871 que nous avons déjà eu l'occasion d'invoquer (31) : « Attendu que l'intention du législateur a été seulement que la chose donnée et la chose propre au donataire ne pûssent jamais être confondues dans le patrimoine de ce dernier et que l'on pût distinguer d'une manière précise, les valeurs représentant l'objet de la donation ; qu'il suffit donc pour rendre l'action en retour recevable, qu'il soit établi qu'il n'a pu s'opérer aucune confusion entre les valeurs sujettes au retour légal et les autres biens du donataire et que les valeurs trouvées dans la succession ont pour origine certaine, évidente, incontestable, les deniers et valeurs objets

(28) Cf. Ripert et Boulanger, III, N^{os} 1766 et suivants.
(29) Comp. Planiol, III, N° 1916.
(30) Aubry et Rau, 4^{e} édit., VI, § 608, p. 354 texte et note 36, p. 359 texte et note 47.
(31) *Supra,* N^{os} 357 et 441 : S. 1872. 2. 121. Rappelons que cet arrêt n'intéresse notre sujet que par ses motifs. Cf. *supra,* note 11.

de la donation ». On voit qu'il n'est pas très juste de reprocher aux arrêts intervenus en cette matière de ne pas contenir de solution de principe (32). Bien au contraire, cet arrêt de la Cour de Lyon par exemple, donne une raison précise de la limitation de la subrogation au prix de vente considérée comme le type même de subrogation ne soulevant pas de difficulté probatoire. La rigueur textuelle de l'article 747, al. 2, se traduit ainsi par une exigence accrue de la preuve de la provenance, excluant pratiquement la subrogation au second degré (cf. *supra*, N° 357). Mais, du même coup, un principe de base se trouve consacré : le caractère logique et désirable de la subrogation réelle dans l'esprit du droit de retour, c'est-à-dire le principe même que la succession anomale telle que l'a conçue le législateur, comporte une destination en valeur. Cette conclusion est imposée par le raisonnement même de l'arrêt précité, raisonnement qui n'est autre que celui que nous proposons.

II. — LES SURETES REELLES.

446. — Le fonctionnement des sûretés réelles comporte essentiellement, nous le verrons (*infra*, N°s 554 et 690), une subrogation réelle institutionnelle. Le moyen choisi par le législateur, pour attribuer par préférence au créancier nanti de sûreté réelle, le montant du prix de vente de tel bien, est de créer sur ce bien, au profit dudit créancier, un droit réel. C'est ce droit réel qui, au moment de la mise en vente du bien, se transporte sur le prix et assure dans la distribution de celui-ci un droit de préférence. Tout le mécanisme de réalisation de la sûreté réelle, repose donc sur une subrogation réelle volontairement placée au centre même de l'institution. Le fait que le droit réel sur le bien initial ne soit créé qu'en vue de son transport sur le prix de vente, et que cette subrogation soit, en quelque sorte, montée à rebours du processus habituel où le droit de préférence n'est que la conséquence accidentelle et non le but unique du droit réel sur le bien initial, ne change rien à cette vérité. Toute sûreté réelle constitue donc, au premier chef, une décision spéciale de subrogation sur le prix de vente.

Que cette décision traduise une destination en valeur, c'est ce qui ne saurait échapper à l'examen le plus rapide. La subrogation réelle dont il s'agit, a pour fin dernière et pour raison d'être d'assurer au créancier le paiement de sa créance par l'attribution à son profit, du prix de vente du bien du débiteur. C'est donc la valeur pécuniaire de ce bien

(32) Cf. Planiol, III, N° 1916 ; Ripert et Boulanger, III, N° 1798.

qui est seule recherchée en définitive. C'est elle qui est destinée à subvenir au paiement préférentiel du créancier. En dernière analyse, le créancier bénéficiaire d'une sûreté réelle, a donc droit à une valeur individualisée, dans le patrimoine de son débiteur, par le bien frappé de la sûreté. L'exercice du droit de préférence implique donc que c'est la valeur en capital du bien grevé de sûreté qui est destinée au créancier, tout comme la valeur en revenus du bien grevé d'usufruit est destinée à l'usufruitier.

Et cette destination en valeur est indifférente au fait que la sûreté porte sur un bien isolé ou sur un groupe de biens. Cette considération qui joue un rôle majeur dans le fonctionnement effectif de la subrogation réelle (cf. *infra*, N^os^ 601 et suiv.) est sans influence pour déterminer si la subrogation est simplement *désirable* dans le cadre des sûretés réelles. A cet égard, un seul fait est à retenir : le droit de préférence, s'exerçant sur le prix de vente, exprime avec évidence que le bien grevé de sûreté réelle est *destiné* dans sa valeur à désintéresser le créancier nanti de la sûreté réelle. Cela est vrai même si la sûreté porte sur un bien isolé. Et cette destination en valeur appelle logiquement la subrogation réelle chaque fois que le bien grevé cède la place à un autre dans le patrimoine du débiteur. Tant que la valeur en capital continue à pouvoir être identifiée au sein du patrimoine du débiteur, la subrogation se présente comme désirable puisque c'est au fond *cette valeur* qui est destinée à désintéresser le créancier hypothécaire. Sans la subrogation, la fluctuation atteignant le bien grevé profiterait aux créanciers chirographaires au détriment du créancier nanti de la sûreté réelle. Et, à moins que la fluctuation n'ait pour mission délibérée de réaliser ce déséquilibre, ce qui n'est pratiquement jamais le cas, il n'y a aucune raison pour ne pas chercher à préserver l'équilibre initial.

La subrogation réelle satisfaisant à la destination en valeur qu'implique le droit de préférence se révèle donc désirable à l'égard non seulement du prix de vente, mais encore de tout autre bien provenant du bien grevé et identifiant, par conséquent, la même valeur que lui : indemnité, bien acquis en remploi, etc... Mais alors se pose la question : pourquoi la prévision législative de la subrogation réelle, c'est-à-dire du droit de préférence, se limite-t-elle à la créance du prix ?

447. — La réponse à cette question ne souffre pas ici de difficulté. Toute l'institution des sûretés réelles suppose une organisation qui vise à transformer, au sein du patrimoine du débiteur, le bien grevé de sûreté en une somme d'argent.

Tel est le seul moyen d'utiliser un bien matériel pour payer des créanciers. Or, le seul procédé de transformation qu'on puisse provoquer volontairement et délibérément est la mise en vente. C'est pourquoi, lorsque le législateur organise l'institution des sûretés réelles, il ne règle guère que la substitution du prix de vente au bien grevé (33). Cela résulte de la nature même des choses : comptant sur une fluctuation volontairement provoquée, le législateur ne pouvait penser qu'à la vente (Rappr. *infra,* N° 692). Telle est l'explication du rôle spécialement joué par le prix de vente dans l'exercice institutionnel du droit de préférence. On voit que cette raison contingente n'attribue au prix de vente aucun caractère *intrinsèque* appelant spécialement sur lui la subrogation réelle ; elle demeure étrangère aux raisons profondes rendant la subrogation réelle désirable. Dans son principe, la subrogation n'est désirable sur le prix de vente lui-même que parce que celui-ci représente exactement la valeur destinée à désintéresser le créancier nanti de sûreté réelle. Ce motif vaut pour tous les biens représentant la même valeur aussi exactement que le prix de vente (cf. *supra,* 1re partie, titre II, chapitre 1er). La subrogation à la chose des indemnités, des biens acquis en échange ou en remploi, se révèle donc tout aussi désirable (34).

448. — Les exemples précédents montrent comment la destination en valeur s'induit normalement d'une décision spéciale de subrogation limitée. Il peut certes arriver que la limitation de la décision spéciale ne s'attache pas spécialement au prix de vente. Mais le raisonnement par lequel on peut induire la destination en valeur suit toujours la même méthode. Ainsi, en matière de régimes matrimoniaux, la subrogation est prévue dans certaines hypothèses où il n'est pas difficile de discerner une destination en valeur plus générale.

III. — LES REGIMES MATRIMONIAUX

449. — Sous le *régime de la communauté,* par exemple, les articles 1407 et 1434 du Code civil prévoient la subrogation réelle à l'égard des immeubles propres aux époux, en cas d'échange et de remploi. Ces décisions spéciales de subrogation, du reste assez larges, traduisent l'intention peu dou-

(33) Sauf naturellement à prévoir, dans certains cas, la substitution d'autres biens lorsque l'occasion s'en présente, cf., par exemple, l'art. 37 de la loi du 13 juillet 1930 pour les indemnités, l'art. 35 de la loi du 28 octobre 1946 sur la réparation des dommages de guerre, etc..., cf. *infra,* N° 687.

(34) Quant à savoir dans quelle mesure elle est possible dans ces diverses hypothèses, cf. *infra,* N°s 688 et suivants.

teuse du législateur, de maintenir entre les masses de biens en présence, un équilibre en valeur jugé préférable à une paralysante étanchéité en nature. Le fait que la subrogation réelle et la théorie des récompenses aient une origine historique commune, la pratique des clauses de remploi s'étant affirmée avant le XVI[e] siècle et la récompense du prix contre la communauté au profit de l'époux vendeur s'exerçant à défaut de remploi (35), est particulièrement significatif à cet égard. Les deux techniques relèvent du souci de parer ou de remédier aux enrichissements injustes (36), souci symptomatique d'un désir d'équilibre en valeur. Et, comme le principe général d'attraction des acquêts dans la communauté rendait superflue la protection de celle-ci, ce sont les patrimoines propres qu'il a fallu mettre à l'abri des déperditions de valeur au profit de la communauté (37). Aussi, peut-on voir dans les propres tout un patrimoine considéré dans sa valeur globale, destiné à constituer la fortune personnelle de l'époux qui en est propriétaire et à lui revenir en exclusivité, par opposition à la masse commune destinée à faire face aux besoins du ménage et à être partagée à la dissolution du régime. Cette valeur globale doit être maintenue dans son intégralité malgré les fluctuations qui peuvent l'atteindre. La subrogation réelle répond à ce but et se présente donc comme très largement désirable dans les propres de communauté.

Il est bien vrai que les décisions spéciales de subrogation, contenues dans les articles 1407 et 1434 du Code civil, ne concernent, dans leur lettre, que l'échange et le remploi des immeubles propres. Mais, il n'est pas douteux que la limitation aux immeubles tient au fait qu'à cette époque la fortune immobilisée était pratiquement la seule importante donnant lieu à remploi. Le législateur a suivi ici la tradition de l'ancien régime encore justifiée à son époque. Les conditions économiques ayant changé, la doctrine n'a jamais hésité à étendre les articles 1407 et 1434 aux meubles (cf. *infra*, N° 681). Quant à la limitation textuelle au remploi et à l'échange, elle tient à ce que le législateur s'est borné à prévoir les hypothèses à la fois les plus traditionnelles et les plus courantes de fluctuation. Les restrictions littérales des articles 1407 et 1434 s'expliquent donc par des raisons qui n'affectent en rien le caractère logique et désirable de la subrogation réelle dans les propres de communauté. Et il n'est pas possible, sans fausser l'esprit de la loi, de déduire de la lettre des articles 1407 et 1434 une intention précise de limiter la subrogation réelle. Bien au contraire, ces textes sont

(35) Cf. Ripert et Boulanger, III, N[os] 887 et 888.
(36) *Op. cit.*, N° 890.
(37) Comp. Raynaud, note sous Douai, 26 janvier 1948, S. 1949. 2. 1.

l'indice d'une destination générale en valeur des propres aux époux, qui appelle normalement une subrogation largement développée (38).

450. — Les décisions spéciales de subrogation ne manquent pas non plus sous *le régime dotal* (art. 1556, al. 2, 1557, 1558, 1559 du Code civil). Elles montrent que, dans la mesure où le législateur admet un fléchissement de l'inaliénabilité en nature (cf. *supra*, N^{os} 129 et suiv.), il entend réaliser au moins une affectation familiale en valeur de la dot. Cette affectation en valeur trouve une place logique dans l'organisation du régime dotal. Elle n'est naturellement que subsidiaire à l'affectation en nature, plus rigoureusement sanctionnée par l'inaliénabilité en nature. Mais un tel régime paralyse les époux et menace les tiers. Aussi, quand sous la poussée de nécessités supérieures ou d'intérêts eux-mêmes familiaux, voire d'avantages pratiques sérieux, l'inaliénabilité en nature fléchit, la logique même de l'affectation familiale des biens dotaux commande de conserver la dot en valeur. Ayant sacrifié le superflu (l'inaliénabilité en nature), on garde du moins l'essentiel : l'inaliénabilité en valeur. C'est à ce désir que répond la subrogation réelle et qu'obéissent les décisions spéciales de subrogation édictées par le code.

Certes, ces décisions trouvent, ici encore, d'énergiques limites. Celles-ci ne résultent pas tellement de la nature de l'opération ou du bien que d'une règle propre au régime dotal : la subrogation ne peut s'accomplir que si elle est prévue par la loi, le contrat de mariage ou, depuis la loi du 22 septembre 1942, une décision judiciaire (cf. *infra*, N° 682). Mais cette règle fondamentale protège les tiers qui doivent tirer de la loi, du contrat de mariage ou du jugement imposant le remploi, les renseignements suffisants pour les éclairer sur la qualification du bien acquis. Cette considération, en quelque sorte externe, ne contredit pas la logique de la conservation en valeur de la dot qui, dans le cadre de l'aliénabilité en nature, garde, par elle-même, toute sa force.

Il faut même remarquer que l'affectation familiale en valeur, de la dot, est plus astreignante que ne l'est la destination en valeur des propres aux époux, sous le régime de communauté. Cette différence de force entre les deux destinations est nettement révélée par les décisions spéciales de subrogation elles-mêmes. La subrogation réelle dans les propres de communauté est bien obligatoire, mais à la suite d'acquisitions qui, elles, demeurent en principe facultatives.

(38) V. *infra*, N^{os} 679 et suivants, la mesure dans laquelle elle peut être effectivement admise.

L'article 1434 du Code civil, par exemple, n'impose pas l'acquisition en remploi d'un bien propre ; c'est seulement cette acquisition accomplie, que la subrogation se produit à titre de conséquence, en principe nécessaire (cf. *infra* N° 678). Sous le régime dotal, au contraire, c'est l'acquisition en remploi elle-même qui est obligatoire. La garantie de l'affectation en valeur de la dot se trouve ainsi notablement renforcée. Cette différence est, du reste, supprimée par le jeu des clauses de remploi écrites dans les contrats de mariage.

451. — *Les clauses de remploi* ont pour effet de ne permettre les aliénations de biens propres ou de biens dotaux, qu'en vue d'un remploi ultérieur du prix de vente en un bien lui-même propre ou dotal. Elles constituent donc des décisions spéciales de subrogation renforcées en ce sens qu'elles imposent, non seulement la subrogation, mais encore son occasion, c'est-à-dire l'acquisition. Il est à peine besoin de souligner la destination en valeur qu'elles traduisent. *Les clauses de remploi représentent le prototype des décisions spéciales de subrogation exprimant une destination en valeur.* Et la destination en valeur est, en ce cas, particulièrement impérative. Aussi, les clauses de remploi interviennent-elles, le plus souvent, pour renforcer une destination en valeur préexistante. L'incidence de ce renforcement sur l'ensemble du régime matrimonial prend, du reste, un aspect différent, selon qu'il s'agit du régime de communauté ou du régime dotal.

Sous le régime de communauté, ce renforcement se traduit par la création d'une indisponibilité en valeur des propres. Sans clause de remploi, les propres sont librement aliénables, la subrogation n'intervenant qu'après une aliénation et une acquisition facultativement accomplies. La clause de remploi oblige le mari à remployer et même, souvent, subordonne la validité de l'aliénation à un remploi ultérieur (39). Ainsi, l'intégrité des propres est assurée soit en nature, si l'époux préfère ne pas aliéner, soit en valeur, si l'époux aliène son bien. Comme le régime normal permettrait la libre aliénation en nature, on peut dire que le renforcement de la destination en valeur des propres par la clause de remploi, se fait au détriment de l'aliénabilité en nature.

A l'inverse, sous le régime dotal, le renforcement de la destination familiale en valeur de la dot par l'effet des clauses de remploi, s'opère au détriment de l'inaliénabilité en nature qui constitue, ici, le régime normal existant au départ, du moins en matière immobilière (cf. *supra*, N°s 130 et suiv.).

---

(39) Cf. Ripert et Boulanger, III, N°s 693 et suivants.

Les clauses de remploi, qui connaissent la faveur croissante de la pratique (40), substituent à l'inaliénabilité en nature de la dot, une inaliénabilité en valeur, l'acquisition nouvelle conditionnant toujours la validité de l'aliénation en nature (41). Ici, c'est l'affectation en nature de la dot qui se trouve évincée par l'affectation en valeur. Nous avons déjà relevé le rapprochement ainsi réalisé, par les clauses de remploi, entre le régime dotal et le régime de communauté (cf. *supra,* N° 138). Il met en pleine lumière le lien nécessaire, ici simplement accusé, qui existe entre toutes les décisions spéciales de subrogation et la destination en valeur dont elles assurent l'accomplissement.

On mesure ainsi, aisément, le secours offert par l'existence d'une décision spéciale de subrogation pour découvrir la destination en valeur. La recherche se révèle plus difficile et elle procède d'une autre méthode en l'absence de toute décision spéciale de subrogation.

§ 2°. — Cas où il n'existe aucune décision spéciale de subrogation

452. — La différence avec le cas précédent n'apparaît guère, quant aux intérêts attachés à l'existence ou à l'absence d'une destination en valeur (cf. *supra,* N° 437). Ces intérêts sont sensiblement les mêmes. Si aucune destination en valeur ne peut être décelée, la subrogation réelle devra être *totalement rejetée* alors même que les facteurs techniques ne lui seraient pas hostiles. La subrogation ne répondant à aucun but serait, en effet, déplacée. La subrogation réelle n'a pas sa place dans le cadre d'une destination en nature. Si, au contraire, on parvient à démontrer l'existence d'une destination en valeur, la subrogation s'avère désirable. Et elle devient effectivement possible, dans la mesure même de la destination en valeur ainsi reconnue, si les facteurs techniques ne s'opposent pas à sa réalisation. La subrogation réelle dépend alors directement de la destination en valeur et s'accomplit dans la mesure exigée par celle-ci (cf. *infra,* N° 590).

Si les intérêts de la recherche sont à peu près les mêmes que dans le cas précédent, la méthode à employer pour conduire cette recherche, s'avère fort différente, de celle qui était permise par l'existence d'une décision spéciale de su-

(40) *Op. cit.,* N° 1347.
(41) *Op. cit.,* N°s 1363 et suivants.

brogation. On ne peut plus ici partir de la certitude d'une destination en valeur, au moins limitée, dont il s'agit seulement de déterminer la portée, en utilisant, du reste, à cette fin, la décision spéciale de subrogation elle-même (41 bis). La recherche doit porter directement sur la destination en valeur, en recourant à l'analyse des notions générales, dans le cadre desquelles la subrogation doit éventuellement s'insérer. La méthode à suivre suit alors la logique purement déductive : on établit l'existence ou l'absence d'une destination en valeur par l'analyse de tous les renseignements fournis par chaque hypothèse particulière ; puis, si on a démontré l'existence d'une destination en valeur, on en déduit le caractère désirable de la subrogation réelle, qui en est la conséquence logique.

Il serait, certes, intéressant de dégager une règle générale d'interprétation propre à guider cette recherche. On l'a tenté en vain. C'est ce que nous devrons montrer, avant de citer quelques exemples de destination en valeur directement établie par des raisonnements qui ne peuvent prétendre s'appliquer à la généralité des cas.

1er POINT. — ABSENCE D'UNE REGLE GENERALE D'INTERPRETATION

I. — L'OPINION DE SALEILLES

453. — Raisonnant à propos de la subrogation dans les charges imposées par des libéralités, Saleilles (42) a cru pouvoir proposer une règle générale d'interprétation des destinations en valeur. Saleilles reconnaît que pour savoir si une affectation est en nature ou en valeur, il faut consulter l'intention de celui qui a créé cette affectation. Mais, dans le doute sur cette intention, et c'est naturellement en ce cas que la question offre le plus grand intérêt, il faut conclure, en principe, à une affectation en valeur en vertu du syllogisme suivant.

Si on admettait que l'affectation soit en nature, il faudrait

---

(41 bis) Une inaliénabilité en nature, par contre, est le signe certain d'une destination en nature n'appelant pas la subrogation réelle. Mais cette remarque n'offre aucun intérêt, car l'inaliénabilité en nature empêche la fluctuation de se produire, de sorte que la question de la subrogation ne se pose même pas. Elle est exclue de ce domaine (cf. 1re partie, titre Ier) et il est superflu de se demander si elle répond ou non à un but.

(42) Saleilles, note S. 1903. 1. 321 et suivants, v. aussi Henry, thèse, pp. 125-126.

en déduire une inaliénabilité en nature. Or, une telle inaliénabilité, à supposer qu'elle demeure dans les limites que lui assigne la jurisprudence (cf. *supra,* N° 144), est trop contraire aux principes généraux de notre droit pour qu'on puisse la présumer ; elle doit être expresse. Donc, à défaut d'une telle clause expresse, l'affectation initiale doit être présumée en valeur. Le raisonnement s'appuyant sur une base de portée générale, l'impossibilité de présumer l'inaliénabilité en nature, sa conclusion est naturellement assortie de la même portée et vaut, par conséquent, pour une destination quelconque. Saleilles le reconnaît du reste, en constatant une tendance à interpréter les clauses d'affectation dans le sens de l'affectation en valeur (43).

454. — Au demeurant, l'argumentation de Saleilles s'applique, avant tout, à la subrogation dans les charges imposées par les libéralités au gratifié, question que la pratique et la jurisprudence offraient alors plus particulièrement aux réflexions doctrinales. A défaut d'une stipulation expresse de la libéralité, l'aliénabilité en nature du bien donné ou légué doit être admise. Mais ce principe doit se concilier avec le souci légitime de respecter au maximum la volonté du disposant. Or, lorsqu'une aliénation en nature est accomplie, on a le choix entre renoncer à l'affectation ou la faire survivre en la reportant sur le bien acquis en remploi. La deuxième solution, seule, respecte, dans toute la mesure du possible, la volonté du gratifiant, et elle conduit à la subrogation réelle.

On doit même aller plus loin. Pour assurer vraiment l'exécution de la volonté du disposant, il faut subordonner l'aliénation en nature à cette subrogation réelle ultérieure. Saleilles est ainsi conduit à expliquer l'exigence jurisprudentielle du consentement du disposant à la subrogation, exigence qui ne laisse, du reste, pas de l'embarrasser (44). En

---

(43) Rappelons que Saleilles ne s'intéresse aux buts de la subrogation réelle que sous l'angle de l'idée d'affectation (cf. *supra,* N° 411). Mais ce qu'il dit vaut pour toute destination dans le sens où nous entendons ce mot (cf. *supra,* N° 426).

(44) Ce consentement n'est, au fond, qu'un élément d'une décision spéciale de subrogation, laquelle paraît superflue à cet auteur, l'affectation en valeur par le disposant lui-même une fois admise (cf. *infra,* N°s 615 et suivants, 620 et suivants). C'est pourquoi Saleilles est enclin à faire porter ce consentement non sur la subrogation elle-même, mais sur l'aliénation. Cette « déviation » n'en trahit pas moins les arrêts commentés. Qu'on lise l'arrêt de Dijon du 30 juin 1893 (S. 1894. 2. 185) et l'on verra que la volonté requise du testateur, comme des autres intéressés, et expressément constatée, portait sur l'acquisition en remploi, c'est-à-dire sur la subrogation elle-même. Quant à l'arrêt de Cassation du 29 avril 1901, il est également formel en ce sens. Rappelons, au surplus, qu'en ce dernier cas, la fluctuation

réalité, ce consentement s'applique moins, selon Saleilles, à la subrogation proprement dite qu'à l'aliénation. Le disposant n'ayant pas prohibé l'aliénation en nature, mais ayant affecté le bien donné à l'exécution d'une charge, il faut penser qu'il a implicitement limité l'aliénation en nature en subordonnant celle-ci à son adhésion. Cette adhésion ne *valide,* certes pas, l'aliénation parfaitement valable en elle-même. Elle la *justifie* sous la condition de la subrogation qu'elle a en vue. Elle doit donc s'analyser non comme une condition de l'aliénation, mais comme une condition de la renonciation à la révocation de la libéralité pour inexécution des charges que l'aliénation entraînerait normalement. Quant à la subrogation elle-même, elle est la conséquence normale de l'aliénation intervenue dans ces conditions ; et tout ce régime est l'expression même de l'affectation en valeur initiale que l'on doit admettre en l'absence de toute stipulation contraire. La conclusion s'impose donc : toute clause d'affectation doit s'interpréter, en principe, comme une clause d'inaliénabilité en valeur.

Saleilles invoque la jurisprudence à l'appui de sa thèse et cite l'arrêt de la Cour de Dijon du 30 juin 1893 (45), qui a admis que l'affectation par testament de l'immeuble légué, au logement et à l'entretien d'institutrices congréganistes, portait, en réalité, sur le « patrimoine » constitué par ledit immeuble.

II. — CRITIQUE DE L'OPINION DE SALEILLES.

455. — Le raisonnement ainsi présenté par Saleilles paraît bien reposer sur une confusion entre la nature de la destination et celle de l'inaliénabilité, c'est-à-dire, ici encore, entre le but et le moyen technique propre à l'atteindre. Et cette confusion se marque sous un double aspect, naturellement mis en évidence par l'analyse. Saleilles confond destination en nature et inaliénabilité en nature, destination en valeur et inaliénabilité en valeur (c'est-à-dire subrogation réelle).

456. — Le premier aspect de la confusion vicie le point de départ du syllogisme. Il n'est pas exact qu'une destination en nature entraîne nécessairement une inaliénabilité en nature. Certes, l'inaliénabilité en nature est dans la logique de

---

résultait non d'une aliénation, mais d'une désaffectation (cf. *supra,* N° 280). Rappelons aussi qu'en cas d'aliénation le consentement du disposant ou de ses héritiers *à la subrogation* peut s'expliquer comme une renonciation au droit de suite contre l'acquéreur, que l'article 954 du Code civ. permet normalement : cf. *supra,* N° 152 texte et note 334 ter.

(45) Précité, note 44.

la destination en nature. Mais elle en constitue une garantie technique renforcée. On peut très bien concevoir une destination en nature qui cesse avec l'aliénation du bien sur lequel elle porte. Telle doit même être la règle de principe, précisément parce que l'inaliénabilité en nature doit demeurer exceptionnelle. Or, la destination impartie à un bien en nature, au sens très large dans lequel il convient de l'entendre (cf. *supra,* N° 426), peut résulter de n'importe quel droit prenant ce bien pour objet. Il n'est donc pas possible de l'assortir chaque fois d'une inaliénabilité en nature. Ainsi, les auteurs qui ont vu dans les successions anomales une destination en nature n'ont jamais soutenu que l'article 747 du Code civil créait une inaliénabilité en nature (comp. *supra,* N° 442).

Celle-ci ne peut découler que de dispositions ou de mécanismes particuliers. Ainsi, nous avons vu que les résolutions rétroactives de droits portant sur une chose, entraînaient une inaliénabilité de cette chose par application de la maxime *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* (cf. *supra,* N°s 148 et suiv.). Les aliénations consenties par le titulaire du droit résolu sont elles-mêmes résolues. En ce sens, il est bien exact que la destination du bien en nature au bénéficiaire de la résolution soit assortie d'une inaliénabilité en nature frappant rétroactivement le titulaire du droit résolu. Mais il faut remarquer que cette inaliénabilité est le fruit de la résolution qui n'est qu'un mode particulier de réalisation de la destination en nature. Au surplus, le rapport entre l'inaliénabilité et la destination n'a rien de nécessaire, même en ce cas ; et il souffre bien des exceptions. La révocation des libéralités pour cause d'ingratitude (art. 958 du Code civil), la réduction des libéralités pour atteinte à la réserve dans une certaine mesure (art. 930 du Code civil), le rapport des dons en nature dans le régime antérieur au décret-loi du 17 juin 1938 (art. 859 ancien du Code civil) et encore aujourd'hui, si la stipulation expresse de rapport en nature ne peut être interprétée comme prohibant les aliénations (cf. *supra,* N° 151), sont des résolutions destinant un bien en nature au bénéficiaire, mais n'entraînant pas une inaliénabilité en nature.

Mais, dira-t-on, Saleilles n'a envisagé que des « affectations » comportant un régime particulier dans un but précis (cf. *supra,* N° 148) et non des destinations aussi générales que les restitutions que nous venons de citer. Cela est vrai, mais ne justifie en rien l'opinion critiquée. Nous avons démontré que la restriction des buts de la subrogation réelle aux affectations strictement entendues n'a aucun fondement (*supra,* N° 419 et suiv.). Aussi bien, examinant la valeur du

raisonnement de Saleilles sur le plan général des buts de la subrogation réelle, devons-nous en vérifier l'application à toutes les destinations, et particulièrement aux restitutions, qui répondent à un but des plus courants. Au surplus, il ne serait pas exact d'affirmer que Saleilles n'a raisonné que pour des cas étrangers aux restitutions. Les deux notes, dans lesquelles cet auteur a élaboré toute sa théorie de la subrogation réelle, concernent des arrêts qui ont statué sur la subrogation dans la restitution au gratifiant (ou à ses héritiers) consécutive à la révocation de la libéralité pour inexécution des charges (46). Et c'est bien cette hypothèse que Saleilles a principalement en vue. Enfin, à rester même sur le terrain de l'affectation, entendue comme elle l'est par les auteurs modernes, le lien nécessaire affirmé entre l'affectation en nature et l'inaliénabilité en nature, n'est pas davantage exact. Ainsi, le fidéicommis *de residuo* n'est pas assorti d'inaliénabilité en nature (47). Et dans le cas des libéralités avec charges lui-même, il est parfaitement possible que le gratifiant ait songé à une affectation en nature, sans pour autant stipuler une inaliénabilité en nature. En réalité, le plus souvent, le disposant muet sur l'inaliénabilité n'a pas songé à régler l'hypothèse d'une aliénation par le gratifié. La lecture des arrêts qui commentent les termes et interprètent l'esprit des libéralités en cause est édifiante à cet égard : le disposant estimait que le gratifié, pour exécuter la charge, conserverait le bien. A ce stade, s'arrête la prévision purement *implicite* du disposant. Et s'il est bien vrai qu'en l'absence de toute disposition expresse, on ne peut présumer une inaliénabilité en nature, dans des cas surtout où il est clair que le gratifiant n'a pas arrêté sa pensée à ce point, il est excessif de déduire de l'aliénabilité en nature ainsi admise, l'absence de destination en nature et l'existence d'une destination en valeur. L'aliénabilité en nature ne permet pas, à elle seule et d'une façon générale, d'écarter la destination en nature et d'admettre *ispo facto* une destination en valeur. La question reste posée à cet égard et sa solution dépend de l'analyse de chaque cas particulier.

Cela est si vrai que Saleilles lui -même, pour justifier l'existence d'une destination en valeur, a recouru à un autre argument : il démontre que sans l'inaliénabilité en valeur, c'est-à-dire sans la subrogation réelle, la volonté du disposant ne serait pas respectée, ce qui naturellement tend bien à prouver que l'affectation initiale était en valeur. On touche

---

(46) Dijon, 30 juin 1893, S. 1894. 2. 185, note Saleilles ; Civ., 29 avril 1901, S. 1903. 1. 321, note Saleilles.

(47) Cf. Planiol, III, N° 3293.

ici au second aspect de la confusion entre destination et inaliénabilité.

457. — En déclarant que toute clause d'affectation doit être interprétée comme une clause d'inaliénabilité en valeur, parce que sans cette inaliénabilité (c'est-à-dire sans la subrogation réelle elle-même) l'affectation initiale disparaîtrait, contrairement à la volonté du disposant (cf. *supra*, N° 454), Saleilles confond inaliénabilité en valeur et affectation en valeur. Très exactement, se fondant sur la volonté supposée du disposant, il présume, en général *et directement*, une décision spéciale de subrogation équivalant à une affectation en valeur.

Ce raisonnement appelle deux observations.

D'abord, il est notable que Saleilles suppose le problème de l'affectation en valeur résolu. Si une décision spéciale de subrogation peut être tenue pour exacte, il faut évidemment conclure à l'existence d'une destination en valeur dans les conditions que nous avons déjà analysées (cf. *supra*, § 1er). Maïs il est clair que Saleilles identifie complètement inaliénabilité en valeur et destination ou affectation en valeur. Il qualifie même la clause d'affectation en valeur, clause d'inaliénabilité en valeur. Or, il existe entre ces deux notions toute la différence qui sépare la destination de la décision spéciale de subrogation, le but des moyens de réalisation (cf. *infra*, Nos 613 et suiv.). Et s'il est bien vrai que la subrogation, directement stipulée, prouve la destination en valeur dans les conditions que nous connaissons, à l'inverse, en l'absence d'une décision spéciale de subrogation indubitable, il est nécessaire d'établir d'abord la destination en valeur *elle-même* et *d'en déduire* ensuite le caractère désirable de la subrogation réelle (48). C'est ce problème que nous cherchons à résoudre. Saleilles l'esquive en admettant que le mutisme du disposant équivaut toujours à une décision spéciale de subrogation. Cette remarque étant faite, il reste à examiner ce que vaut cette présomption générale et directe d'une décision spéciale de subrogation. C'est elle qui appelle la seconde observation.

Cette présomption directe d'une décision spéciale de subrogation, tirée du seul fait que l'auteur de la destination, bien que muet sur l'inaliénabilité, verrait sa volonté violée si l'aliénation n'était pas suivie de subrogation réelle, est inadmissible en général. Que l'inaliénabilité en valeur garan-

(48) Désirable seulement. La destination en valeur appelle logiquement la subrogation (cf. *infra*, Nos 468 et suivants). Mais elle ne peut valoir décision spéciale et précise de subrogation (cf. *infra*, Nos 620 et suivants).

tisse la pérennité de la destination, c'est évident ; en ce sens, nous verrons que la subrogation réelle est dans la logique objective de la destination en valeur (cf. *infra,* N^{os} 468 et suiv.). Mais affirmer que chaque fois que l'auteur de la destination n'a rien dit, il a en réalité voulu la subrogation réelle est purement divinatoire. Cette conclusion n'est pas permise, même dans le cas, envisagé par Saleilles, des donations avec charges. Il faut ici le rappeler (cf. *supra,* N° 456) : la vérité, sur le plan psychologique de l'interprétation de la volonté, est que lorsque le disposant n'a pas réglé la situation consécutive à une aliénation du bien donné, *c'est qu'il n'y a pas songé.* La consultation des arrêts et des actes de la pratique ne laisse guère de doute sur ce point. Quand le disposant pense effectivement aux aliénations que le gratifié grevé de charge pourrait consentir, il stipule l'inaliénabilité *en nature* (49). Tel est bien, du reste, le réflexe normal. Et la subrogation réelle n'est pas suffisamment entrée dans nos mœurs et dans la pratique notariale, pour qu'à défaut d'une clause expresse, le disposant soit présumé avoir effectivement imposé le remploi au gratifié. La présomption d'une décision spéciale de subrogation dans *toute* libéralité avec charge, muette sur les aliénations du gratifié, n'est pas fondée. Elle l'est encore moins sur le plan général d'une destination quelconque assignée à un bien.

Certes, il ne faudrait pas conclure qu'une telle décision spéciale de subrogation ne puisse *jamais* être présumée. Il faut seulement remarquer que tout dépend de l'analyse de la volonté du disposant dans chaque cas particulier. La portée générale attribuée à la présomption est, seule, inadmissible. Dès lors, de deux choses l'une. Ou une décision spéciale peut effectivement être présumée. Elle implique alors une destination en valeur comme toute décision spéciale de subrogation. Mais cette solution concerne le problème que nous avons précédemment résolu (cf. *supra,* § 1er) et non celui que nous cherchons à résoudre ici. Ou une décision spéciale de subrogation ne peut être admise par présomption directe de la volonté du disposant. Alors, le caractère désirable ou non de la subrogation réelle dépend uniquement de la destination initiale assignée au bien. Cette destination ne commande la subrogation réelle que si elle est en valeur. C'est ce point qu'il faut donc *d'abord* établir. A cette question, Saleilles n'apporte aucune réponse ; et la jurisprudence non plus. L'arrêt de la Cour de Dijon du 30 juin 1893, cité par Saleilles comme illustrant la tendance générale à voir

(49) C'est, par exemple, ce qui s'est passé dans la donation rapportée par M. Henry lui-même (partisan de la théorie de Saleilles) en annexe de sa thèse, p. 400, art. 10.

dans l'affectation une affectation en valeur (cf. *supra*, N° 454) se fonde, en réalité, sur une analyse très précise du testament qui avait créé l'affectation dans l'espèce en cause (50).

458. — C'est, qu'en réalité, aucune réponse générale n'existe. Tout dépend, dans chaque cas, de l'analyse de la volonté qui a créé la destination. Suivant que, dans chaque cas particulier, on pourra ou non admettre que la destination était plus en valeur qu'en nature, la subrogation se révélera ou non logiquement désirable. Il n'existe, à cet égard, aucune règle générale d'interprétation, et il est clair que toute directive qui, à l'instar de celle proposée par Saleilles, se fonderait sur une décision de subrogation expresse ou présumée, pour établir la destination en valeur reposerait sur une pétition de principe puisque tout le problème consiste précisément, en l'absence de toute décision spéciale, *à déduire* le caractère désirable de la subrogation d'une destination en valeur. Telle est la position du problème.

Certes, comme nous l'avons déjà remarqué (cf. *supra*, N° 78), l'objet exact de la destination n'apparaît parfois qu'au moment où, le bien initial ayant cédé la place à un autre, la question de la subrogation se pose. Alors, le sentiment de l'équité, par exemple, pousse à désirer la subrogation réelle, preuve que la destination initiale était bien en valeur. En ce cas, la question de la subrogation et celle de la destination se posent ensemble, à un moment très postérieur à celui où la destination a été créée. Elle n'en sont pas moins rationnellement distinctes. C'est de l'analyse de la destination initiale que dépend toujours le caractère désirable ou non de la subrogation. Ainsi, un bien doit être restitué par un possesseur ou par un détenteur à son véritable propriétaire. La substitution éventuelle d'un autre bien n'est pas spécialement prévue par le principe commandant la restitution. Et c'est après coup, lorsque le bien initial a cédé la place à un autre, individualisant la même valeur, qu'il paraît juste de faire restituer le nouveau bien à l'égal de l'ancien. C'est donc au moment où la subrogation réelle paraît désirable qu'on s'aperçoit que la destination impliquée par l'obligation de restitution portait, en réalité, sur la valeur individualisée

(50) « Attendu, dit cet arrêt, que *les termes du testament sont si précis* à cet égard qu'il en résulte, en toute évidence, que la *volonté formelle du testateur* était d'assurer à perpétuité le bon fonctionnement de l'école qu'il fondait et d'affecter uniquement à cet usage le *patrimoine* par lui constitué à cet effet. » Il faut, certes, voir là un excellent exemple de destination en valeur discernée par les juges dans un legs à titre particulier de certains immeubles. Mais il est clair que le caractère de cette destination a été reconnu par une interprétation précise de la volonté du testateur dans l'espèce en cause, sans que rien dans cette interprétation se prête à la généralisation.

et non sur le bien ancien lui-même. Ce fait n'empêche pas la subrogation réelle de ne se révéler désirable que dans la mesure où la destination, dont elle procède, était bien en valeur. Ce point précis est rationnellement antérieur à l'admission de la subrogation réelle. Il faut donc l'établir par une analyse directe de la destination.

Cette analyse pousse à une investigation de chaque cas particulier, sans qu'aucune directive générale puisse être proposée. Nous nous bornerons à en donner quelques exemples pour préciser cette étude, sans naturellement prétendre à une énumération exhaustive.

2e POINT. — APPLICATIONS

459. — Dans certains cas, le caractère de la destination est facilement mis en évidence. Ainsi, l'usufruit par sa nature même, suppose l'affectation à l'usufruitier de la valeur du bien grevé. Le droit de jouissance constitue, en effet, l'essence de l'usufruit (51). Or, la jouissance consistant dans le droit aux fruits naturels et civils, prérogative principale de l'usufruitier, implique que la valeur en revenus, sinon en capital, est affectée à satisfaire aux besoins de l'usufruitier. Il n'est donc pas difficile de déceler dans les différents usufruits des destinations en valeur.

Dans d'autres cas, la recherche est naturellement plus délicate. Nous en donnerons deux exemples à propos des charges écrites dans les libéralités, et de la revendication.

I. — LES LIBERALITES AVEC CHARGES

460. — Le jeu des charges écrites dans les libéralités révèle deux catégories distinctes de destinations : celle impliquée par l'exécution de la charge au profit du bénéficiaire et celle créée au profit du gratifiant ou de ses héritiers par la restitution du bien en cas d'inexécution de la charge.

461. — Pour savoir si la destination impliquée par l'exécution de la charge au profit du bénéficiaire est en valeur ou en nature, il faut se référer à la volonté du disposant. Certes, la question se pose bien dans les termes indiqués par Saleilles (cf. *supra*, N° 454) : sans la subrogation réelle, la fluctuation, atteignant l'objet de la libéralité, mettrait fin à l'exécution de la charge ; et ce résultat peut paraître regrettable, signe que l'affectation était en valeur. Mais toute la

(51) Cf. Ripert et Boulanger, I, N° 3507, et art. 578 du Code civ.

question est précisément de savoir si la perpétuation de la charge est désirable sur un bien provenant du bien donné ou légué, mais matériellement différent de lui ; seule l'analyse de la volonté du disposant dans chaque cas particulier apporte une réponse à cette question.

Il est parfaitement concevable que la charge imposée par le disposant soit liée au bien donné ou légué considéré dans son individualité matérielle. Eprouvant, à l'égard d'un immeuble venant par exemple de sa famille, un attachement sentimental, le disposant peut avoir tenu à ce que *ce bien-là* serve, à l'avenir, des fins déterminées : œuvre pieuse, charitable, etc... également chères au disposant. La considération de cette œuvre peut donc être liée, dans l'esprit du gratifiant, à une *intuitus rei*. Il est clair que la subrogation n'entre pas dans le cadre normal d'une telle affectation. D'autres fois, au contraire, le souci d'assurer l'exécution d'une œuvre peut avoir été prépondérant dans l'intention du disposant, le bien donné se présentant comme un moyen de parvenir à cette fin. Dans une telle hypothèse, il est normal que ce moyen puisse éventuellement céder la place à un autre, aussi efficace. Alors, en cas d'aliénation suivie de remploi, la subrogation est non seulement concevable, mais désirable. Ainsi, lorsqu'un testateur a principalement en vue, par exemple, la création et le fonctionnement d'une école religieuse et qu'il lègue à cette fin un ou plusieurs immeubles, il est normal qu'en cas d'aliénation d'un de ces immeubles suivie de remploi, le nouveau bien, qui représente toujours l'émolument de la libéralité, soit affecté comme son prédécesseur au fonctionnement de l'école, pourvu naturellement qu'il puisse jouer ce rôle. Cette substitution est logique dans la mesure où le souci majeur du disposant était simplement le fonctionnement de l'école (52), et non une utilisation conforme à ses désirs d'un bien précis auquel il était sentimentalement attaché.

Tout dépend donc de l'intention du disposant. C'est en elle qu'il faut rechercher si l'exécution de la charge est ou non liée à une *intuitus rei*.

462. — La révocation de la libéralité pour inexécution des charges traduit une destination du bien au disposant dont la nature est délicate à préciser.

Un fait est certain : l'article 954 du Code civil pose le principe d'une inaliénabilité indirecte et rétroactive entre les mains du gratifié puisqu'il permet au disposant révoquant de reprendre le bien en nature entre les mains des acquéreurs du gratifié (cf. *supra*, N 152 texte et note 334 ter). Une

(52) Comp. Dijon, 30 juin 1893, et Civ., 29 avril 1901, précités.

telle inaliénabilité en nature est certainement le signe d'une destination en nature. Mais cette remarque ne saurait suffire à résoudre le problème. De toute façon, la question de la subrogation réelle ne peut se poser que dans les cas où l'inaliénabilité en nature fléchit (cf. *ibid.*). Autrement dit, au regard de l'article 954 du Code civil, la subrogation réelle ne peut être que subsidiaire. Et il s'agit précisément de savoir si une destination en nature étant admise à titre principal, il ne faut pas reconnaître une destination en valeur, elle-même subsidiaire, valable pour les cas où la question de la subrogation réelle peut se poser, c'est-à-dire pour les cas où l'inaliénabilité en nature, créée par l'article 954 du Code civil, disparaît. Il est clair que la réponse à la question ainsi posée n'est pas fournie par l'article 954 qui ne règle que la destination en nature.

Nous avons déjà remarqué (cf. *ibid*) que le droit de suite pouvait cesser soit par une renonciation de son titulaire, soit sur le plan réel, par le jeu de l'article 2279 du Code civil ou de l'usucapion. Si le disposant révoquant renonce à son droit de suite contre l'acquéreur et accepte de reprendre contre le gratifié le bien acquis en remploi, une décision spéciale de subrogation conventionnelle intervient entre le disposant (ou ses héritiers) et le gratifié (cf. *infra,* N^{os} 633 et suiv.). Cette décision spéciale suppose une destination en valeur dans les conditions que nous connaissons (cf. *supra,* § 1er). Peu importe, du reste, que cette convention corrige la destination initiale. Corrigée ou non, celle-ci doit être tenue pour une destination en valeur. Si le droit de suite cesse par le jeu, au profit de l'acquéreur, de l'usucapion ou de l'article 2279 du Code civil, la question se pose différemment : la subrogation réelle, dans la reprise contre le gratifié, se révèle-t-elle désirable, en l'absence de toute décision spéciale la prévoyant ? De bonnes raisons inclinent vers l'affirmative. Il serait anormal que le disposant révoquant ne puisse reprendre l'émolument de sa libéralité tant que celui-ci est identifiable en valeur, alors que par hypothèse la révocation de cette libéralité est fondée dans sa cause. Il est, en effet, difficile d'admettre que l'obligation, à l'exécution de la charge, se perpétue par subrogation réelle, et que sa sanction normale n'en fasse pas autant. L'exécution de la charge et la révocation pour inexécution des charges sont normalement solidaires comme le sont la règle et sa sanction : *c'est sur le plan des buts que cette idée revêt toute sa force.* Nous verrons que les facteurs techniques, conditionnant la réalisation de la subrogation réelle, obligent parfois à la mettre en échec (cf. *infra,* N° 660). Elle ne commande pas moins, sur le plan des buts, de reconnaître le caractère logique et désirable de

la subrogation réelle dans la révocation, dans la mesure même où la subrogation est consacrée dans l'exécution de la charge. Cette idée conduit à reconnaître que l'émolument de la donation est accessoirement destinée, dans sa valeur, à revenir au disposant révoquant, dans la mesure où il est principalement destiné, en valeur, à assurer l'exécution de la charge au profit du bénéficiaire.

La destination en valeur, impliquée par la révocation, est nettement accusée lorsque cette révocation est comprise dans le régime des actions en reprise, créé par l'article 9 de la loi du 9 décembre 1905, modifié par la loi du 13 avril 1908. Ces actions permettent aux disposants ou à leurs héritiers, de reprendre les biens donnés ou légués à un établissement du culte et non transmis à une association cultuelle créée après la séparation de l'Eglise et de l'Etat. Il se peut que la dissolution de l'établissement cultuel entraîne l'inexécution de charges écrites dans les libéralités. Une action en révocation est alors ouverte sur la base de l'article 954 du Code civil. L'article 9 de la loi du 9 décembre 1905 soumet cette action en révocation au régime général des reprises qu'il institue et qu'il règlemente sévèrement. Et ce régime est inspiré par des motifs identiques à ceux qui président aux différents droits de retour reconnus aux gratifiants et à leurs héritiers sur les biens donnés ou légués à des congrégations dissoutes (loi du 24 mai 1825, art. 7 ; loi du 1er juillet 1901, art. 18 ; loi du 7 juillet 1904, art. 5 ; aujourd'hui abrogé par la loi du 3 septembre 1940) (53). L'inspiration commune à toutes ces reprises est une idée de défiance à l'égard de l'Etat suspecté de vouloir s'enrichir au détriment des organismes dissous. Comme le patrimoine desdits organismes était surtout constitué par des biens donnés ou légués, les actions en reprise des gratifiants ou de leurs héritiers faisaient échec aux convoitises du gouvernement et de l'administration. Il est clair qu'un tel esprit appelle la reprise en valeur tout autant que la reprise en nature. Toutes deux servent également de « préservatif contre la fringale de l'Etat » (54). La destination en valeur est ici évidente et elle marque la reprise du gratifiant agissant éventuellement en révocation.

En toute hypothèse, il faut enfin remarquer que le révoquant se trouve dans la situation d'un propriétaire revendiquant. On peut invoquer, en sa faveur, la même destination en valeur que celle impliquée par la revendication dont nous nous proposons d'aborder l'examen.

(53) Cf. Mestre, note S. 1923. 1. 305 ; cette matière a donné lieu à la jurisprudence la plus importante relative à la subrogation réelle, cf. *infra*, N°s 620 et suivants et 661.

(54) Cf. Hugueney, note S. 1913. 1. 361.

II. — LA REVENDICATION

463. — L'objet exact de la destination impliquée par la restitution d'un bien à son propriétaire et, par conséquent, le caractère désirable ou non de la subrogation réelle dans cette restitution, apparaît plus ou moins aisément selon que la revendication porte sur un groupe de biens ou sur un bien isolé.

Il n'est pas difficile de reconnaître une destination en valeur dans la restitution au revendiquant d'une masse de biens, dès lors que celle-ci est considérée dans sa valeur globale plus que selon l'individualité matérielle des biens qui la composent. Ainsi, la restitution qui est due à l'héritier véritable, triomphant sur la pétition d'hérédité, porte non pas sur tel ou tel bien mais sur l'ensemble de l'hérédité. La restitution découle, en effet, de la qualité d'héritier reconnue au demandeur (55). Cette qualité donne à son titulaire droit à tout ce qui a pour origine la succession. C'est cette origine successorale qui confère son unité à l'objet de la réclamation. Par la pétition d'hérédité, l'héritier ne réclame pas tellement tel ou tel bien, mais la part qui lui revient dans la succession. Et cette part constitue un ensemble de biens successoraux considérés dans leur valeur globale. On conçoit donc que son intégralité soit éventuellement préservée par la subrogation réelle, celle-ci ayant précisément pour mission, de maintenir à sa destination toute valeur individualisée par son origine successorale.

La subrogation empêche, au surplus, qu'un déséquilibre se produise entre l'ensemble des biens composant la part de l'héritier véritable, et le patrimoine personnel de l'héritier apparent. Sans la subrogation réelle, le patrimoine personnel de l'héritier apparent ayant acquis les biens nouveaux avec des valeurs provenant de biens successoraux aliénés, ou détruits, se trouverait accru de valeurs successorales. La subrogation, dans la mesure où elle prévient cet accroissement, entre dans la logique de la restitution à l'héritier véritable.

Or, il est remarquable que ces arguments valent, quel que soit le nombre des biens compris dans la part successorale à restituer. La subrogation réelle demeure logiquement désirable dans le jeu de la pétition d'hérédité, que cette hérédité se compose de plusieurs biens ou d'un seul. Alors, se pose la question : la subrogation réelle n'est-elle pas aussi désirable dans la revendication ordinaire que dans la pétition d'hérédité portant sur un seul bien ?

464. — Une différence est certaine entre les deux modes

(55) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 2296.

de restitution. Celle qui découle de la pétition d'hérédité est commandée par le titre d'héritier consacrant le droit du demandeur sur toutes les valeurs dont l'origine remonte à la succession. La restitution consécutive au succès d'une revendication ordinaire, est la conséquence du droit de propriété reconnu au demandeur sur tel bien déterminé. Il n'est pas douteux que cette différence se traduise sur le plan technique. La pétition d'hérédité, en portant effectivement sur un ensemble global, ne s'oppose pas au jeu de la subrogation réelle dans la mesure où celle-ci la transporte sur un élément nouveau respectant l'unité de cet ensemble, c'est-à-dire, représentant toujours la même valeur d'origine successorale. La revendication ordinaire, au contraire, sanctionnant simplement le droit de propriété établi sur un bien déterminé, ne saurait, en principe, et naturellement, porter sur un autre bien ; elle est donc hostile au libre jeu de la subrogation réelle. (cf. *infra,* N°s 656 et suiv.). Mais il importe de remarquer que cet aspect technique de la différence entre les deux actions ne nous intéresse pas ici en lui-même. En effet, nous ne recherchons pas, pour l'instant, dans quelle mesure la subrogation est techniquement *possible,* mais dans quelle mesure elle est *désirable.* A ce titre, la différence que nous venons de signaler est moins intéressante en elle-même que comme indice de l'esprit qui inspire la restitution et des buts auxquels celle-ci répond sur les plans social, économique, voire moral.

Envisagé sous cet angle, le fait que la pétition d'hérédité établisse la qualité d'héritier et conduise logiquement à restituer au demandeur sa part successorale et tout ce qui s'y attache souligne avec éloquence la destination en valeur exprimée par cette restitution. C'est pourquoi nous l'avons invoqué pour démontrer l'existence de cette destination (*supra,* N° 463). Mais, si la destination en valeur est particulièrement visible dans cette hypothèse, il ne faut pas en conclure qu'elle lui est réservée à titre exclusif et qu'elle n'existe pas dans la revendication ordinaire. A la vérité, la recherche des buts de celle-ci est rendue plus difficile par le fait qu'elle n'intervient pas, comme la pétition d'hérédité, à propos d'une situation particulière et originale, mais dons une série d'hypothèses sans lien entre elles, encore que semblables. Ces buts ont pourtant des caractères constants. Il est notable, d'abord, que la revendication, tout comme la pétition d'hérédité (*supra,* N° 463), garantit un équilibre entre ce qui doit revenir au propriétaire et ce qui doit rester au possesseur ou au détenteur (cf. *supra,* N° 431). La subrogation réelle, qui sauvegarde cet équilibre lorsque des fluctuations le mettent en péril, se montre donc tout aussi dési-

rable, à cet égard, que dans la pétition d'hérédité. Et ce fait est le signe que le caractère strictement technique de la revendication attachée, comme le droit de propriété lui-même, à l'individualité matérielle du bien réclamé, ne révèle pas fidèlement tous les buts que la revendication est appelée à satisfaire. S'il est vrai que le droit de propriété, en tant que droit réel portant sur un bien isolé, s'individualise avec ce bien (cf. *infra,* N^{os} 656 et suiv.), il n'est pas moins vrai qu'il est un droit patrimonial apprécié comme tel pour la valeur qu'il représente ; et cette valeur n'est autre que celle de son objet. Il s'ensuit que si au cours d'une revendication contre un possesseur cet objet a disparu des mains du défendeur, mais a été remplacé par un autre individualisant la même valeur que lui, on est en présence d'une situation, non prévue dans l'organisation du droit de propriété, mais qui révèle que cette organisation technique ne répond pas à tous les besoins auxquels les hasards de la vie pratique peuvent l'amener à faire face. Renoncer à attribuer au propriétaire le bien qui représente la même valeur que l'ancien, c'est faire perdre à ce propriétaire une valeur que se trouvait dans son patrimoine et l'attribuer sans motif au possesseur. Certes, l'action *de in rem verso* peut alors intervenir pour rétablir l'équilibre. Mais, dans cet esprit, mieux vaudrait préserver ledit équilibre en attribuant au propriétaire le bien qui représente la valeur faisant, jusqu'à la fluctuation, partie de son patrimoine.

Ainsi, la fluctuation pousse à mettre l'accent sur un aspect du droit de propriété qui, pour ne pas se traduire dans l'organisation technique de ce droit, n'en est pas moins exigeant. Le droit de propriété, dans la mesure où il constitue lui-même une valeur patrimoniale, est forcément sensible à la valeur représentée par son objet. Il suppose donc une destination en valeur (mise en œuvre par la revendication) qui apparaît en toute évidence lorsque la matière de son objet se trouve dissociée, par une fluctuation, de la valeur qu'elle représente. C'est pourquoi *la subrogation réelle est dans la logique de toute revendication.* Il n'est pas sans intérêt de le souligner, car le sens d'une distinction classique (cf. *supra,* N^{os} 16 et suiv.) reprise par certains auteurs modernes (cf. *supra,* N° 31) et qui conditionne, en effet, la réalisation technique de la subrogation réelle (cf. *infra,* N^{os} 595 et suiv., 656 et suiv.) nous paraît ainsi pouvoir être précisé : *le fait que la revendication porte sur un groupe de biens ou sur un bien isolé est sans influence sur le plan des buts de la subrogation réelle.*

465. — Cette analyse du droit de propriété considéré sous l'angle de sa valeur patrimoniale vaut naturellement,

sauf exception particulière, pour les différents droits patrimoniaux. L'exemple que nous venons de prendre illustre donc un raisonnement susceptible de larges extensions.

D'une façon plus générale, nous pensons avoir montré la méthode qu'il serait à la fois rationnel et utile de suivre pour rechercher l'existence d'une destination en valeur révélant le caractère désirable de la subrogation réelle. Cette recherche doit être entreprise dans chaque cas particulier pour comprendre le rôle de la subrogation.

Plus important encore, pour préciser le concept de la subrogation réelle dans notre droit, est le principe même de la distinction de cette destination comme but de la subrogation. A cet égard, les plus intéressantes précisions se dessinent si l'on examine comment s'exprime la destination en valeur.

SECTION II

COMMENT S'EXPRIME LA DESTINATION EN VALEUR

466. — Un premier point doit être posé : la destination en valeur procède d'une décision qui la crée sur un bien déterminé. L'analyse de cette décision s'impose d'abord.

Un second point est non moins certain que le premier : la destination créée sur un bien s'exprime par un droit subjectif déterminé prenant ce bien pour objet. Toujours, la destination en valeur s'exprime dans un tel droit qui est précisément celui que la subrogation réelle a pour mission de conserver. Nous devrons accorder à ce second point une attention particulière.

§ 1er. — La décision de destination en valeur

467. — Le principe même de l'existence de cette décision ne soulève aucune difficulté. La destination en valeur procède nécessairement d'une manifestation de volonté. Ce qu'il faut préciser, c'est en quoi consiste exactement cette volonté, et qui a le pouvoir de la manifester.

1er POINT. — ANALYSE DE LA DECISION DE DESTINATION EN VALEUR

468. — La décision de destination en valeur se présente comme une manifestation de volonté soumettant un bien déterminé à une fin quelconque. A cet égard, le fait que la destination soit en valeur ou en nature est sans influence. Ainsi, la clause par laquelle un donateur affecte le bien donné à l'exécution d'une charge quelconque peut, selon les cas, viser la valeur ou la matière de ce bien (cf. *supra,* N° 461). De même, l'article 747 du Code civil, selon l'interprétation qu'on en donne, destine en nature ou en valeur la succession anomale à l'ascendant donateur. Et si, selon l'opinion qui paraît la meilleure, on se range à la seconde solution (cf. *supra,* N^{os} 441 et suiv.), on peut voir là un bon exemple de décision légale de destination en valeur. Il en est de même de la reconnaissance d'un droit de propriété sur un bien se trouvant entre les mains d'un possesseur (cf. *supra,* N^{os} 453 et suiv.). On pourrait multiplier les exemples.

Mais si le fait que la destination soit en valeur importe peu à la présentation de la décision qui la crée, il joue, au contraire, un rôle capital pour expliquer comment la subrogation réelle se rattache à cette décision. Ce point soulève l'analyse de la volonté exprimée par cette décision. Il est important et mérite de retenir l'attention.

469. — Nous avons déjà relevé (cf. *supra,* N° 434) que la subrogation réelle entrait dans la logique objective de la destination en valeur, en ce sens que celle-ci la rend économiquement, socialement ou moralement désirable. Mais il est capital de remarquer que la subrogation elle-même n'est pas, pour autant, effectivement et spécialement *prévue* par la décision de destination en valeur. Autrement dit, *la subrogation réelle est dans la logique objective, mais non dans la psychologie de la décision de destination en valeur. De ce fait, découle la différence fondamentaale entre cette décision et la décision spéciale de subrogation, même présumée* (Rappr. *infra,* N^{os} 621 et suiv. et 639).

Cette différence est particulièrement évidente lorsque les deux décisions coexistent. Nous savons qu'une prévision spéciale de la subrogation dans une hypothèse déterminée est le signe d'une destination en valeur (cf. *supra,* N^{os} 436 et suiv.). Mais celle-ci est très souvent beaucoup plus large que la décision spéciale ; elle pousse à désirer un jeu de la subrogation réelle beaucoup plus étendu et général que celui effectivement prévu par la décision spéciale. Ainsi, le fonctionnement de l'hypothèque repose essentiellement sur une subrogation réelle de la créance du prix au bien hypothéqué.

L'exercice du droit de préférence n'est rien d'autre que la mise en œuvre de cette subrogation (cf. *infra,* N° 554). La prévision et l'organisation par la loi, de ce droit de préférence, en vue duquel l'hypothèque est établie, constitue donc une décision spéciale de subrogation. Mais celle-ci ne prévoit effectivement que la subrogation à l'immeuble, du prix de vente après saisie. Or, la destination en valeur, dont elle est le signe, est, en réalité, beaucoup plus générale et rend la subrogation logique et désirable non seulement dans la mesure où elle est précisément prévue, c'est-à-dire sur la créance du prix de vente, mais encore sur tout bien représentant dans le patrimoine du débiteur la même valeur que l'immeuble hypothéqué : par exemple, les créances d'indemnité dues pour destruction de l'immeuble, ou les autres immeubles acquis en remploi (cf. *supra,* N^{os} 446 et 447). La différence entre la décision de destination en valeur et la décision spéciale de subrogation éclate ici. La seconde vise consciemment la subrogation elle-même, mais la limite au prix de vente, alors que la première (constitution d'hypothèque et conception législative générale des sûretés réelles) s'analysant en une affectation de l'immeuble hypothéqué, considéré dans sa valeur en capital (cf. *supra,* N° 446), au paiement préférentiel du créancier hypothécaire, appelle *logiquement* une subrogation réelle sans limite, *mais n'a pas en vue une telle subrogation à laquelle elle n'a même pas effectivement songé.*

La distinction demeure naturellement exacte en l'absence de toute décision spéciale de subrogation. Le principe qui commande la restitution de ses biens au propriétaire (cf. *supra,* N^{os} 463 et suiv.), l'insertion d'une charge écrite dans une libéralité (cf. *supra,* N° 461), par exemple, comportent ou peuvent comporter une destination en valeur. La création du droit de propriété, l'insertion de la charge dans la libéralité constituent des décisions de destination en valeur. Mais il est clair que, sauf exception, elles n'ont pas envisagé l'hypothèse particulière d'une subrogation réelle. Bien mieux, très souvent, l'objet exact de la destination, valeur ou matière, n'est pas précisé au moment où intervient cette décision et n'apparaît que plus tard, lorsque se pose la question de la subrogation réelle. C'est ce qui explique que la plupart du temps on ne reconnaisse qu'à ce moment-là l'existence de la destination en valeur rendant la subrogation réelle désirable. Cette remarque ne fait que souligner une vérité générale : si la subrogation réelle entre dans la logique économique, sociale et morale de l'obligation de restituer, d'exécuter la charge, etc... elle n'est pas, en tant que telle, dans la psychologie de la décision qui crée cette obligation.

470. — Ainsi, deux faits doivent être simultanément retenus : d'une part, la subrogation n'est pas effectivement prévue, en tant que telle, par la décision de destination en valeur ; d'autre part, elle entre dans la logique objective de cette destination. Ces deux faits sont fondamentaux ; nous en apprécierons l'importance à l'égard du fonctionnement de la subrogation réelle (cf. *infra,* N°s 613 et suiv.).

Le premier explique que si un obstacle s'oppose, sur le plan technique, à la réalisation de la subrogation réelle, une décision spéciale de subrogation soit nécessaire (cf. *infra,* N°s 618, 620 et suiv.). Cette décision spéciale ne saurait faire double emploi avec la décision de destination en valeur qui, ne prévoyant pas spécialement la subrogation ni expressément, ni implicitement, est sans effet sur le mode de réalisation de la subrogation réelle. Ainsi, le droit de propriété établi sur un bien entraîne la destination en valeur de ce bien à son propriétaire pour les raisons que nous avons précédemment analysées (cf. *supra,* N° 464). Mais cette destination ne saurait avoir pour conséquence technique que le propriétaire du bien initial devienne automatiquement propriétaire d'une bien nouveau, sous la seule condition que ce bien nouveau provienne économiquement de l'ancien. C'est pour appliquer le droit de propriété à ce nouveau bien qu'une prévision spéciale de la subrogation est nécessaire. Et il en est ainsi parce que la décision de destination en valeur ne comporte pas cette prévision précise, et n'apporte pas au transport du droit sur le bien nouveau le support de la manifestation de volonté dont il a besoin.

Ce premier fait, pour important qu'il soit, ne doit pas éclipser le second. C'est parce que la subrogation réelle entre dans la logique objective de la destination en valeur, qu'elle apparaît désirable et qu'on est poussé à y recourir. *La subrogation réelle puise dans la destination en valeur, c'est-à-dire dans son but, un véritable dynamisme* qui explique sa raison d'être et éclaire le rôle qu'elle est appelée à jouer. En ce sens, on pourrait appeler la décision de destination en valeur *une décision générale de subrogation,* c'est-à-dire une décision créant un régime général dans lequel la subrogation est appelée à jouer son rôle (56). Et ce dynamisme prend une importance et une signification accrues, lorsqu'il ne vient pas se heurter à des obstacles techniques s'opposant à la réali-

(56) Il convient toutefois de ne pas abuser de ce terme évidemment commode, mais prêtant, par son abstraction même, à une certaine amphibologie. On risquerait d'oublier que la décision générale de subrogation ne comporte aucune *prévision* de la subrogation, même étendue. Elle crée seulement un régime qui la rend objectivement désirable.

sation de la subrogation. Alors, celle-ci peut s'accomplir logiquement sous la seule impulsion du but qui la justifie : perpétuer une destination en valeur qu'il est socialement, économiquement ou moralement désirable de perpétuer. S'il est inadmissible de déformer la technique et d'en violer les règles, fût-ce pour atteindre des buts incontestablement désirables, il est, en revanche, parfaitement normal de tirer de cette technique toute l'utilité qu'elle peut procurer. Pourquoi ne pas l'appliquer à un cas pour lequel elle n'a pas été spécialement prévue, si elle se prête naturellement à cette application ? Pourquoi ne pas appliquer un droit à un nouvel objet, provenant de l'ancien, si, par sa nature, ce droit n'était pas rivé à son ancien objet ? En une telle hypothèse, la technique de réalisation se trouvant adaptée aux buts de la subrogation, celle-ci peut s'accomplir sur la seule base de la destination en valeur. Cette destination lui sert alors, non seulement de justification, mais encore de base technique. Cette considération souligne l'importance que prend alors la décision de destination en valeur. Elle fait plus que *justifier* la subrogation réelle ; elle la *valide* en lui prêtant ses caractères techniques.

Cette vérité revêt une certaine importance, surtout au regard de la question de savoir qui peut prendre la décision de destination en valeur.

2e *POINT. — QUI PEUT PRENDRE LA DECISION DE DESTINATION EN VALEUR ?*

471. — Les développements qui précèdent permettent de préciser, dès l'abord, les rapports de cette question de compétence et de la question exactement similaire appliquée à la subrogation réelle elle-même (57). Il n'est pas étonnant que la doctrine, qui n'a pas distingué les buts des moyens de réalisation de la subrogation, ait assimilé la compétence en matière de *destination* et celle en matière de *subrogation.* C'est notamment le cas des auteurs modernes qui voient, par exemple, une subrogation conventionnelle dans celle qui perpétue une affectation, car l'affectation est, selon eux, conventionnelle, et une subrogation légale dans celle perpétuant une obligation de restitution elle-même légale (58). Cette

(57) Nous n'employons pas ici le mot « compétence » dans le sens judiciaire et procédural, habituel en droit privé. Nous l'appliquons à la détermination de l'autorité ayant le pouvoir de prendre valablement la décision de destination en valeur.

(58) Cf. Planiol, III, N° 922, note 1, et note D. 1902. 1. 33 ; Henry, thèse, pp. 119 à 122, et plan général.

assimilation est certainement erronée lorsque la subrogation réelle, rencontrant un obstacle technique, ne peut se réaliser que par une décision spéciale. La compétence, en matière de décision spéciale, n'est pas nécessairement celle qui s'applique à la décision de destination en valeur (cf. *infra,* N° 631 a). La subrogation réelle, perpétuant une destination légale, peut fort bien résulter d'une décision spéciale conventionnelle et inversement. En revanche, lorsque la subrogation réelle ne se heurte à aucun obstacle technique et se réalise sans le secours d'une décision spéciale, elle puise son seul titre dans la décision de la destination en valeur, et participe du régime juridique applicable à celle-ci. Alors, il est exact que la détermination de la compétence à l'égard de cette décision vaille pour la subrogation elle-même : la subrogation, s'appuyant sur une destination en valeur conventionnelle ou légale, est elle-même conventionnelle ou légale. Cette dépendance technique entre le plan des buts et celui des moyens de réalisation accuse alors l'intérêt de préciser la compétence applicable à la décision de destination en valeur.

La question qui se pose est de rechercher les pouvoirs respectifs du législateur et des particuliers. Les auteurs modernes ont affirmé, sur ce point, une solution dont il convient de faire l'examen critique.

I. — LA SOLUTION DES AUTEURS MODERNES

472. — Ebauchée par Demogue (59), énoncée par Planiol (60) et reprise par M. Henry (61), la solution des auteurs modernes que nous avons déjà annoncée (cf. *supra,* N° 32), fait, en réalité, l'objet de simples affirmations.

L'obligation de restitution, dont la perpétuation constitue l'un des deux buts de la subrogation réelle (cf. *supra,* N^{os} 411 et suiv.), ne résulte que de la loi. Qu'il s'agisse d'une restitution de masses de biens (patrimoine de l'absent, part héréditaire réclamée par la pétition d'hérédité, etc...) ou d'un bien isolé, toujours le principe de cette restitution sanctionné par la revendication puise sa source formelle dans la loi.

Au contraire, les affectations procèdent toujours, aujourd'hui du moins, d'une convention privée. Certes, il en allait autrement dans l'ancien droit où les propres de succession fournissaient un exemple d'affectation légale. Mais, en droit moderne, l'affectation légale ne se présente plus guère qu'en droit administratif dans la théorie du domaine public et

(59) Demogue, Rev. crit., 1901, pp. 295 et suivantes.
(60) Planiol, *op. cit.*
(61) Henry, *op. cit.*

privé (62). Le droit privé n'offre plus que des exemples d'affectations conventionnelles. Aussi, M. Henry n'étudie-t-il l'affectation en général que sous l'angle de la « clause d'affectation contractuelle » (63).

II. — CRITIQUE DE CETTE OPINION

473. — La thèse précédente a ceci de fort remarquable, que son principal défaut, le manque de base rationnelle, est reconnu par ses propres promoteurs. Les auteurs modernes ne nient pas que la valeur de la classification qu'ils présentent ne soit que descriptive et que l'affectation, par exemple, pourrait également être légale puisqu'elle l'a été autrefois et qu'il arrive encore qu'elle le soit aujourd'hui en droit administratif. Pour être ainsi avoué, ce défaut n'en doit pas moins être dénoncé. Il n'existe aucun rapport nécessaire entre la notion de restitution et les pouvoirs du législateur, ni surtout entre l'idée d'affectation et la compétence exclusive des conventions privées. Par conséquent, la distinction moderne ne peut, au mieux, que traduire une coïncidence, que reflète un simple état de fait qu'on constate sans commenter. Aussi comprend-on que les auteurs qui s'y rangent se contentent de l'affirmer sans en donner aucune raison. Et le fait de faire reposer sur elle la présentation et l'étude générale de la subrogation réelle (64) ne saurait certes pas lui tenir lieu de justification rationnelle. Sans base rationnelle, la distinction moderne n'offre que l'intérêt d'une constatation.

La prenant pour ce qu'elle est, il reste à déterminer ce qu'elle vaut en tant que telle. A cet égard, elle paraît bien recéler les deux défauts majeurs pouvant vicier une constatation : l'inexactitude et l'arbitraire.

474. — De simples exemples suffisent à convaincre de l'inexactitude de la distinction moderne.

Il n'est pas vrai d'abord que toutes les affectations soient conventionnelles en droit privé. Ainsi, l'usufruit est rangé par les auteurs modernes dans la catégorie des affectations conventionnelles (65). Or, comment prétendre que l'usufruit ait toujours pour source une convention ? L'usufruit successoral du conjoint survivant (art. 767 du Code civil), le droit de jouissance légale des père et mère sur les biens de leurs enfants mineurs de 18 ans (art. 384 du Code civil), voire

(62) Cf. Henry, thèse, p. 121 texte et note (1).
(63) Cf. Henry, thèse, pp. 124 et suivantes.
(64) Cf. Henry, thèse.
(65) Cf. Henry, thèse, pp. 300 à 302.

l'usufruit acquis par prescription acquisitive (66) ne procèdent-ils pas de la loi ? Et à moins de renoncer, pour cette seule raison, à y voir des affectations, ce qui est insoutenable (l'idée d'affectation dépendant de la mission assignée à un bien et non de l'autorité qui la crée), il faut bien reconnaître en eux des cas d'affectation légale. La même remarque s'applique aux sûretés réelles qui, elles aussi, ressortissent à l'idée d'affectation (67), s'il est vrai que cette affectation est conventionnelle au moins principalement (cf. *infra,* N° 475 *in fine*) dans le cas où l'hypothèque ou le gage le sont eux-mêmes, que dire des hyopthèques légales, des hypothèques judiciaires, des privilèges spéciaux mobiliers et immobiliers ? Refuser de voir, dans tous ces cas, des affectations légales, constituerait une inexactitude tellement flagrante qu'il suffit de l'évoquer pour montrer le défaut de la distinction moderne.

Est-il davantage exact que toutes les restitutions soient « légales » ? Cette question soulève celle du rôle joué par la loi dans la création et la sanction des droits. La critique doit être, à cet égard, plus nuancée. Elle révèle un autre défaut de la théorie moderne qui est l'arbitraire de la classification proposée.

475. — Il est arbitraire d'opposer, sur un même plan, les pouvoirs du législateur et ceux des particuliers, et de rattacher exclusivement la création des différentes destinations soit aux premiers, soit aux seconds. En réalité, la loi n'est jamais étrangère, en droit moderne, à la création des différentes destinations. Elle intervient toujours, mais dans des proportions variables selon les cas, la volonté privée jouant elle-même un rôle d'autant plus restreint que celle du législateur s'en réserve un plus important. Volonté du législateur et volonté privée sont toujours plus ou moins associées. Ce qui varie c'est la *prépondérance* de l'une ou de l'autre dans chaque cas particulier. Et cette prépondérance n'obéit pas à des formules générales et dogmatiques ; elle dépend des circonstances propres à chaque hypothèse.

Ainsi, dans la restitution sanctionnée par la revendication, seule envisagée ou presque (68) par les auteurs modernes, on peut bien admettre que le rôle du législateur soit prépondérant. L'action en revendication est accordée par la

(66) Cf. Ripert et Boulanger, I, N°s 3538 et suivants.
(67) Henry, thèse, pp. 289 et suivantes.
(68) Malgré ce que prétendent ces auteurs (cf. Henry, pp. 122, 304 et suivantes). Il faut réserver les droits de retour successoraux (cf. Henry, pp. 353 et suivantes) qui ne sont pas sanctionnés par une revendication exercée contre un possesseur n'ayant pas le droit d'aliéner.

loi pour sanctionner une restitution imposée par la loi également : celle de toutes les choses à leur propriétaire. Mais si le rôle du législateur est ainsi prééminent, est-il bien vrai qu'il soit unique ? Il est permis d'en douter. Car si la restitution est imposée par la loi, elle n'est pas moins subordonnée à la reconnaissance du droit du propriétaire. Et le droit de propriété se crée aujourd'hui sur les choses par convention. Il est difficile de reconnaître une source uniquement légale à une restitution qui, avec sa sanction, procède d'un droit conventionnel. On peut toutefois admettre une prépondérance législative dans la source et la sanction de cette restitution qui n'est pas spécialement prévue en s'attachant à la remise des choses à leur véritable propriétaire. Cette prépondérance législative dans la source de l'obligation de restitution peut, à la rigueur, permettre de parler de restitution légale.

Il en va de même des restitutions consécutives à la résolution d'un droit. Il arrive toutefois, que la part prise par les volontés privées dans une telle restitution, se trouve augmentée. La révocation d'une donation pour inexécution des charges, par exemple, aboutit à la reprise du bien donné, par le donateur (art. 954 du Code civil). Cette restitution sanctionne l'inexécution de la volonté du donateur dont elle est au fond une garantie. On peut d'autant plus lier cette restitution à la volonté du donateur, que celui-ci peut parfaitement ne pas demander la révocation (69) et que la jurisprudence subordonne cette révocation au caractère irritant de la charge comme condition de la libéralité dans l'esprit du donateur (70). Le rôle joué par la volonté privée se trouve donc ici accru. Il reste que la prépondérance doit toujours être reconnue à la loi. La révocation est une sanction qui suppose d'autant plus une base légale, qu'historiquement du moins (71), elle fait échec au principe général de l'irrévocabilité des donations. De plus, le rôle de la volonté du donateur se limite rationnellement à la « révocation ». Pour la « revendication » qui en est la conséquence et qui assure la « restitution » proprement dite, la situation est finalement la même que celle précédemment examinée. Dans la mesure de cette prépondérance législative, on peut donc encore parler de restitution « légale » bien que ce terme soit déjà ici un peu moins exact (72).

(69) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 3695.
(70) *Op. cit.*, N° 3698.
(71) *Op. cit.*, N° 3619.
(72) On sait (cf. *supra*, N° 413) que les auteurs modernes rangent cette restitution dans les buts conventionnels de subrogation réelle. Mais il n'en est ainsi que parce qu'ils y voient un cas « d'affectation » ; nous avons déjà critiqué cette raison (cf. *supra, ibid*).

Mais que dire des restitutions consécutives, par exemple, à un contrat de dépôt, de prêt, de gage ? Les auteurs modernes les passent sous silence (cf. *supra,* N° 413 texte et note 7). Ce silence est d'autant plus difficilement explicable qu'il s'agit bien là d'obligations de restitution caractérisées, répondant aux traits distinctifs dégagés par M. Henry lui-même (73), et qu'au surplus la subrogation réelle y est spécialement prévue par l'article 1303 du Code civil, applicable à toutes les obligations de restitution et par les articles 1934 et 1935 du Code civil au titre du dépôt (cf. *infra,* N^os^ 651 et suiv.). Or, la prépondérance de la volonté législative dans la genèse de ces véritables obligations de restitution disparaît. Ces obligations trouvent leur source fondamentale dans le contrat. L'obligation de restitution qui pèse sur le dépositaire, par exemple, est essentielle à la notion de dépôt (art. 1915 du Code civil) (74), car elle est inhérente à la psychologie des parties à ce contrat. Lorsqu'une personne dépose un objet chez une autre, la restitution ultérieure du dépositaire au déposant constitue une base fondamentale de l'accord conclu. L'obligation de restitution découle de cet accord. Certes, la loi la prévoit (art. 1915 et 1932 et suiv. du Code civil). Mais c'est d'abord pour *qualifier* le contrat qui résulte de cet accord (art. 1915) et pour entériner ce que les parties ont effectivement voulu ou ce, qu'à défaut de stipulation expresse, elles sont présumées avoir voulu (art. 1932 et suiv.). Ainsi réduite au minimum, l'intervention législative se retrouve dans toutes les situations juridiques que la volonté privée est amenée à engendrer. Toutes ont aujourd'hui un substratum légal ; et, en ce sens, le principe même de l'autonomie de la volonté peut s'appuyer sur la loi. Ce rôle légal de simple substratum de la volonté privée ne saurait dissimuler la part véritable qui revient à celle-ci dans les restitutions découlant d'un contrat. Au fond des choses, la volonté agissante, génératrice de l'obligation de restitution, est celle des contractants. Et cette remarque ne s'applique pas seulement à l'action personnelle en restitution, considérée comme une simple technique, doublant la revendication et du reste l'effaçant en pratique, elle vaut pour le principe même de la restitution. Voir dans ce principe une obligation « légale » revient à mettre au premier plan ce qui est secondaire, à confondre ce que la loi *permet* avec ce qu'elle crée, ce qui est *licite* et ce qui est *légal.*

(73) Cf. Henry, thèse, p. 122, *supra,* N° 414. Il faut même remarquer que l'expression « obligation de restitution », employée par les auteurs modernes, s'applique beaucoup plus justement à cette hypothèse où le mot « obligation » peut être employé dans son sens technique exact.

(74) Cf. Ripert et Boulanger, II, N° 2864.

Ce dosage variable des volontés privée et législative peut se retrouver du reste en cas d'affectation. Est-il bien vrai, par exemple, que la constitution conventionnelle d'hypothèque représente une affectation strictement contractuelle ? Ce serait faire abstraction de toute l'organisation légale de l'hypothèque, qui prévoit cette affectation. La volonté privée apparaît plutôt comme la condition d'application à une situation particulière du régime légal général. Au regard de cette situation, le contrat, en tant que source de l'affectation, joue un rôle prépondérant, mais non exclusif.

476. — On mesure ainsi combien est arbitraire l'opposition tranchée entre les restitutions légales et les affectations conventionnelles. En réalité, la loi et les particuliers ont toujours quelque rôle dans la création de la destination en valeur. La détermination de leurs rôles respectifs est une question de *mesure* et non de répartition exclusive.

Dans un droit aussi ancien et aussi évolué que le nôtre où les volontés privées ont acquis un empire très vaste reconnu par le législateur, la loi n'est jamais totalement absente de la création des situations juridiques voulues par les particuliers. Elle intervient toujours au moins pour les consacrer et pour les sanctionner. Lorsqu'elle se borne à se mettre ainsi à la disposition des particuliers, la volonté de ceux-ci a une part prépondérante. Tel est le cas des situations juridiques contractuelles, dans lesquelles les restitutions peuvent être comprises tout autant que les affectations. Mais il arrive aussi que la loi prenne une part plus grande dans la création effective de la destination en valeur. Les volontés législative et privée sont alors intimement liées. Nous en avons cité comme exemple celui de la révocation des libéralités pour inexécution des charges ou des hypothèques conventionnelles. Le fait que l'une ou l'autre de ces volontés soit alors prépondérante n'autorise pas à ignorer l'autre. Parfois enfin, la prépondérance législative est telle qu'elle paraît atteindre à l'exclusivité ; on peut alors parler vraiment de destination « légale ». Ainsi, on peut voir dans le droit de retour successoral de l'ascendant donateur une destination légale. Encore faut-il se garder d'une affirmation excessive. L'ascendant donateur, comme tout héritier, peut ne pas accepter la succession ; de sorte que la mise en œuvre de la destination exprimée par l'article 747 du Code civil, n'est pas exclusive de l'adhésion du destinataire. Aucune formule catégorique ne saurait donc rendre compte de la réalité. L'éclectisme s'impose, comme toujours, en matière de buts. Et il est remarquable que la théorie moderne ait réservé à ce domaine un dogmatisme qui lui a tellement manqué, sur le plan général, pour construire le concept de la subrogation réelle

(cf. *supra*, N°s 61 et suiv.). Elle a ainsi déformé une réalité qui est toute de nuances, et surtout obscurci un point capital qui ressort de cette réalité.

Les variétés multiples de l'association de la loi et des particuliers dans la création de la destination en valeur sont, en effet, exactement celles qu'on peut relever dans la création des droits. La raison de cette similitude se dessine dans les exemples que nous venons de consulter. La destination assignée à un bien s'exprime toujours dans un droit subjectif déterminé. Ce fait est beaucoup plus important pour l'étude de la subrogation réelle, que l'analyse sans conséquence et finalement sans grand intérêt de la compétence en matière de destination en valeur. Il nous faut le souligner par un développement particulier.

§ 2°. — Expression de la destination en valeur dans un droit subjectif

477. — La destination assignée à un bien s'exprime toujours sur ce bien par un droit subjectif particulier. Il suffit de consulter les exemples fournis par le droit positif, sur lesquels nous avons déjà raisonné, pour se convaincre de l'exactitude de cette constatation. Pratiquement, c'est même de l'existence d'un droit subjectif, établi sur un bien, que l'on part pour rechercher si la destination assignée à ce bien est une destination en valeur ou en nature. On précise ce point en scrutant le but exact du droit (cf. *supra*, section 1) (75).

Ainsi, l'hypothèque implique une destination de la valeur du bien grevé au paiement préférentiel du créancier hypothécaire (cf. *supra*, N° 446). Cette destination se traduit par un droit reconnu au créancier et règlementé par les articles 2114 et suiv. du Code civil. Et c'est dans le but de ce droit que nous avons décelé l'existence de la destination en valeur. Celle-ci apparaît clairement dans la prérogative essentielle du créancier hypothécaire, qui consiste à faire vendre le bien du débiteur pour en recevoir le prix par préférence (cf. *supra, ibid.*). Cette mise en œuvre du droit de préférence, qui constitue le but du droit d'hypothèque, exprime la destination en valeur assignée au bien hypothéqué.

De même, la destination en valeur de la succession ano-

(75) Le but et non l'objet. Le but du droit, notion d'ordre économique, social ou moral, s'identifie avec la destination. L'objet du droit, au contraire, notion technique, se distingue de celui de la destination (cf. *infra*, N° 480).

male à l'ascendant donateur s'exprime dans le droit successoral reconnu à celui-ci par l'article 747 du Code civil. Et c'est dans l'esprit de cette disposition, ainsi que dans son organisation, que nous avons pu trouver le signe de la destination en valeur (*supra*, N°s 441 et suiv.). De même encore, la destination, découlant d'une charge écrite dans une libéralité, se traduit par deux droits : le droit principal du bénéficiaire à l'exécution, le droit accessoire du disposant ou de ses héritiers à la révocation pour inexécution. La destination en valeur dans le cas de la revendication, enfin, s'exprime dans le droit du propriétaire ; et c'est par l'analyse de ce droit, conçu en tant que valeur patrimoniale, que nous l'avons décelée (cf. *supra*, N°s 463 et suiv.).

On pourrait multiplier les exemples. Toujours, la destination assignée à un bien, qui, lorsqu'elle est en valeur, appelle logiquement la subrogation réelle, s'exprime dans un droit subjectif.

478. — L'expression de la destination en valeur dans un droit subjectif déterminé, représente un aspect de la destination en valeur, sur lequel on ne saurait trop attirer l'attention.

L'existence d'un droit ne se confond certes pas avec la destination qu'il exprime. La destination n'est, en elle-même, qu'un but économique, social ou moral que le droit permet d'atteindre. Lorsque cette destination est en valeur, il est logique qu'elle se perpétue en cas de fluctuation, sur tout bien nouveau représentant la même valeur que l'ancien. Ainsi s'explique le caractère désirable de la perpétuation. Il est tiré de l'analyse de la destination en tant que but. L'existence d'un droit subjectif demeure impuissante à justifier ce caractère désirable. Le droit par lui-même n'est qu'un moyen de mettre en œuvre la destination sur un bien. Comme tel, il appartient à la technique.

Mais, pour être ainsi distingué de la destination elle-même, ce facteur technique ne lui est pas moins intimement lié au point d'en être indissociable. Cette association n'est pas révélée par la seule constatation des faits, telle que nous l'avons rapportée. Elle est normale, voire nécessaire. La destination, entendue comme simple but assigné à un bien, n'a de réalité que par sa mise en œuvre effective sur ce bien. Or, cette mise en œuvre ne se réalise que par le moyen d'un droit adapté au but recherché. L'existence de ce droit est plus que le signe tangible de la destination ; elle donne à celle-ci toute sa consistance concrète. Par ce droit, la destination, simple but relevant de considérations sociales, économiques et morales entre dans le domaine de la réalité juridique. C'est

pourquoi l'expression de ce but dans un droit subjectif représente l'aspect technique nécessaire de la destination.

Cette liaison intime entre la destination et le droit qui la réalise a une importance capitale, car elle révèle comment la subrogation se rattache à ses buts et pose, du même coup, tout le problème de la réalisation technique de la subrogation réelle. Lorsque la destination portant sur la valeur, sa perpétuation en tant que but apparaît comme désirable en cas de fluctuation matérielle (cf. *supra*, section 1), ce désir vise naturellement la conservation du droit qui accompagne nécessairement cette destination. De même que la destination se réalise sur un bien quelconque par un droit subjectif déterminé, de même sa perpétuation sur un autre bien se réalise par la conservation du même droit sur cet autre bien. *La perpétuation de la destination s'accomplit nécessairement par la conservation du droit auquel cette destination est liée.* La subrogation réelle n'est rien d'autre que cette conservation. Elle est le procédé qui perpétue la destination en cas de fluctuation matérielle. Elle répond ainsi à un désir d'ordre social, économique ou moral qui se trouve naturellement orienté sur le plan technique et dont la satisfaction dépend tout aussi naturellement des possibilités qu'offre le droit considéré de survivre au changement de son objet. Ces possibilités conditionnent donc toute la technique de la subrogation réelle. C'est le problème ainsi soulevé qu'il nous faut maintenant aborder.

TITRE DEUXIEME

LA TECHNIQUE DE LA SUBROGATION RÉELLE

479. — Les buts de la subrogation réelle étant définis et ramenés à l'idée très générale de destination en valeur (*supra*, titre I), la question se pose de savoir *comment*, c'est-à-dire par quelle technique, par quel ensemble de moyens, ils vont se réaliser. Pour prendre une connaissance exacte de ces moyens il importe de partir des buts mêmes qu'ils ont pour mission d'atteindre et qui les justifient.

Nous avons vu (cf. *supra*, N^{os} 477 et suiv.) que la destination en valeur, en elle-même simple but de la subrogation réelle, s'exprimait toujours comme toute destination, fût-elle en nature, dans un droit subjectif établi sur un bien déterminé. Or, c'est par ce droit que la destination, non seulement s'exprime et prend accès à la vie juridique, mais encore se réalise effectivement. Le mode d'expression est aussi un moyen de réalisation. De sorte que la destination assignée à un bien, telle que nous l'avons analysée, recèle en réalité en elle-même, deux éléments fondamentaux correspondant exactement à la dualité des buts et des moyens : le but social, économique ou moral, constitue l'essence de la destination, le moyen de réalisation offert par la technique juridique réside dans le droit qui accompagne nécessairement et toujours cette destination. La question qui se pose est donc de savoir comment ce droit va permettre la réalisation de la destination, lorsque celle-ci est en valeur ? Et comme ce caractère ne se manifeste guère que dans l'hypothèse où le bien initial cède la place à un autre, et même n'apparaît souvent qu'à ce moment-là (cf. *supra*, N° 78), la question se précise ainsi : comment le droit, qui exprimait et réalisait la desti-

nation sur le premier bien, peut-il continuer à remplir son office, lorsque ce bien, pour une raison quelconque, a disparu ?

La question étant ainsi posée, il importe, pour y répondre, d'examiner l'ensemble des moyens dont dispose la destination en valeur pour se réaliser et de situer la subrogation réelle parmi ces moyens.

I. — LES MOYENS DE REALISATION DONT DISPOSE LA DESTINATION EN VALEUR

480. — Une observation capitale s'impose dès l'abord. Si la destination s'exprime toujours dans un droit établi sur un bien, elle n'a pas forcément le même objet que lui. La destination peut très bien, sur le plan économique, social ou moral, celui des buts, viser la valeur. Le droit qui l'exprime et la réalise sur un bien déterminé n'a pas nécessairement pour autant cette seule valeur pour objet. Si le moyen accompagne toujours le but, il ne concorde pas toujours exactement avec lui et doit donc en être soigneusement distingué.

Cette observation est imposée par la simple constatation des faits. Nous avons précédemment relevé et analysé un certain nombre de destinations en valeur (cf. *supra,* N^{os} 434 et suivants) se dégageant de situations juridiques variées existant par rapport à un bien : successions anomales, sûretés réelles, usufruit, régimes matrimoniaux, charges écrites dans les libéralités, revendication, etc... Ces destinations s'expriment et se réalisent par des droits précis : droit de retour successoral, droit du créancier hypothécaire ou privilégié, de l'usufruitier, du bénéficiaire de la charge, du propriétaire. C'est même de l'existence de ces droits qu'il faut partir pour découvrir que la destination qu'ils expriment est en valeur. Mais seule une analyse conduite sur le plan économique, social ou moral, conduit à une telle conclusion. A s'en tenir au point de vue strictement technique, rien dans l'organisation de ces droits ne révèle une adaptation particulière à l'appréhension des valeurs. Ce sont ceux de la technique juridique courante ; et ils seraient les mêmes si la destination qu'ils expriment se trouvait être en nature. C'est bien pourquoi, du reste, la recherche de la destination en valeur s'avère singulièrement délicate (cf. *supra*, N^{os} 434 et suiv.). Reposant sur une analyse purement téléologique, cette recherche ne tire aucune aide des caractères techniques du droit dans lequel s'exprime la destination. Que la charge écrite dans une donation, par exemple, destine le bien donné en nature ou en valeur au bénéficiaire de la charge, le droit

de celui-ci par rapport au bien donné est le même. On peut en dire autant du droit du successeur anomal : l'organisation de ce droit, telle qu'elle est prévue par l'article 747, al. 2, C. civ., ne se trouverait pas modifiée si on voyait dans la succession anomale une destination en nature et si la subrogation réelle ne s'y révélait pas désirable au delà des prévisions expresses du Code civil. Et il en est très généralement ainsi. Il peut certes arriver que la destination en valeur se forge sa propre technique de réalisation. Tel est le cas, sous le régime dotal, dans la théorie jurisprudentielle de la dotalité incluse dans les paraphernaux, où la valeur dotale affectée aux besoins familiaux est appréhendée en elle-même indépendamment des biens matériels qui la contiennent (cf. *supra*, N^{os} 168 et 315 et *infra*, N° 484). La destination en valeur de la dot se réalise ici par une technique particulière et appropriée. Mais le caractère très exceptionnel de cette théorie qu'on a pu qualifier de « monstruosité juridique » (1) souligne assez la portée quasi absolue de la règle contraire.

La destination, qu'elle soit ou non en valeur, se réalise par les mêmes droits : ceux de la technique juridique courante.

481. — Cette technique juridique courante n'est certes pas étrangère à l'appréhension des valeurs. Il suffit de citer les créances de sommes d'argent, et, plus généralement de choses de genre, les titres négociables (actions et obligations dans les sociétés anonymes, effets de commerce), pour mesurer l'importance croissante, du rôle joué par l'appréhension des valeurs dans notre technique juridique générale. Mais ces droits portent sur des valeurs non individualisées et se situent pour cette raison hors du domaine de la subrogation réelle (cf. *supra*, N^{os} 164 et suiv., rappr. *supra*, N° 306).

Les droits, dont l'objet est individualisé, les seuls à propos desquels une occasion de subrogation réelle puisse naître, sont les plus nombreux. Ils comprennent les différents droits réels (propriété, usufruit, sûretés réelles, etc... sous leurs multiples aspects) et les créances de corps certains (créance de livraison de l'acheteur contre son vendeur, créance de restitution née de certains contrats, comme le dépôt, le gage, le prêt, créance de délivrance du preneur contre son bailleur, etc...). Que ces droits concernent un ou plusieurs biens, ils ne conduisent jamais qu'à l'appréhension de ces biens, considérés en eux-mêmes. Au point de vue technique, la propriété, l'hypothèque, l'usufruit, par exemple, portent toujours sur

(1) Labbé, note S. 1893. 1. 5.

un ou plusieurs biens matériels. Dans cette mesure, ils assurent évidemment l'appréhension des valeurs individualisées par ces biens. Mais cette appréhension se fait par l'intermédiaire obligé desdits biens. Il n'est pas possible, le cas de la dotalité incluse mis à part (cf. *infra*, N° 484), de citer d'exemple de propriétaire, d'usufruitier, de créancier hypothécaire, de créancier de corps certain n'ayant droit, en tant que tel, qu'à *une valeur* individualisée. Cette valeur n'est jamais appréhendée qu'avec le bien qui la contient. Autrement dit, *dans la mesure où elle concerne des objets individualisés, la technique juridique courante est une technique matérialiste.*

482. — Ce caractère essentiel ne l'empêche certes pas de traduire souvent des destinations en valeur. Nous savons, par exemple, que la propriété, l'usufruit, les sûretés réelles expriment de telles destinations et obéissent au point de vue social, économique ou moral, à des considérations où la valeur individualisée par les biens sur lesquels ils portent, joue un rôle prépondérant (cf. *supra*, N°s 440 et suiv. et 463 et suiv.). Il n'en reste pas moins que, sur le plan technique, la propriété, l'usufruit ou l'hypothèque n'ont jamais pour objet qu'un ou plusieurs biens matériels et non une simple valeur. La destination en valeur pour certaine qu'elle soit (cf. *supra, ibid.*) ne change rien à ce fait ; elle ne modifie pas l'objet normal des droits qui l'expriment (Rappr. *supra*, N° 80).

Il faut donc conclure que lorsqu'un droit portant sur une chose quelconque traduit une destination en valeur, la dualité entre les buts économiques, sociaux ou moraux impliqués par cette destination en valeur, et la technique qui en assure la réalisation, se manifeste par une véritable divergence. *La destination et le droit n'ont pas le même objet*, la première concernant la seule valeur, le second portant sur la matière du bien, qui contient cette valeur. De sorte que la destination en valeur ne peut jamais se réaliser que par le moyen d'une technique, qui n'a pas été spécialement créée à cette fin et qui, par conséquent, ne lui est pas exactement adaptée.

L'observation des faits dégage donc un principe fondamental : celui de la subordination des buts à des moyens inadaptés. *La destination en valeur commandant logiquement l'appréhension des valeurs individualisées, voit sa réalisation subordonnée à une technique matérialiste.*

De ce principe général de subordination technique de la destination en valeur est issue de toute la subrogation réelle. Celle-ci est précisément le moyen offert par une technique matérialiste pour appréhender une valeur individualisée. C'est ce point qu'il nous faut maintenant mettre en lumière.

II. — LA SUBROGATION REELLE, MOYEN MATERIALISTE D'APPREHENDER LES VALEURS INDIVIDUALISEES

483. — Tant qu'aucune fluctuation ne se produit dans l'objet matériel du droit qui exprime la destination en valeur, la divergence que nous venons de relever entre la destination et ses moyens de réalisation ne se fait guère sentir. L'objet de la destination et celui du droit coïncident. La valeur et la matière demeurant unies, la première est appréhendée normalement avec la seconde. Aucune question propre à l'appréhension de la valeur ne se pose.

Il en va différemment lorsque l'objet matériel du droit cède la place à un autre objet matériel provenant du premier : la valeur et son contenant matériel se trouvent alors dissociés. La valeur continue à être individualisée puisque le nouveau bien provient de l'ancien (cf. *supra,* N°s 306 et suiv.). La matière individualisant cette valeur change. L'objet de la destination cesse de coïncider avec celui du droit. Si le premier demeure continu, le second, lui, est discontinu. Aussi, le moyen d'appréhender cette valeur continue par une technique ne concernant que les biens matériels consiste-t-il à faire porter le droit sur le second bien matériel, tout comme il portait sur le premier. Ce moyen, c'est la subrogation réelle, c'est-à-dire le remplacement de l'objet matériel du droit par un autre objet matériel.

Ainsi, la subrogation réelle aboutit à l'appréhension de la valeur individualisée. C'est cette notion de valeur qui domine sur le plan des buts. Mais ce but est atteint par un procédé, essentiellement matérialiste, qui consiste à assigner au droit *deux objets successifs.* Sur le plan des moyens de réalisation, la matérialité prévaut. L'appréhension de deux objets matériels successifs est le moyen imposé par une technique matérialiste pour parvenir à l'appréhension d'une valeur individualisée. Autrement dit, *la subrogation réelle est le moyen essentiellement matérialiste de réaliser la destination en valeur.*

484. — On mesure ainsi l'erreur que la théorie moderne invite à commettre lorsqu'elle affirme que la subrogation réelle conserve un droit « dont l'objet consiste essentiellement dans une valeur » (2). Cette assertion rend compte du but de la subrogation réelle, mais elle en méconnaît la technique. Elle est inexacte, non seulement au regard de la constatation des faits (la destination en valeur ne pouvant

(2) Cf. *supra,* N°s 26, 35, a), texte et note 120, et Henry, pp. 109, 331 à 338, 379 et suivantes.

se réaliser que par le moyen de droits dont l'objet est matériel et n'est pas influencé par la seule existence de la destination en valeur) (cf. *supra*, N°s 480 et suiv.), mais encore au point de vue rationnel, car si l'objet du droit était la valeur, il ne disparaîtrait pas et ne pourrait, par conséquent, être remplacé. La subrogation réelle serait, à son égard, inconcevable, car superflue, puisqu'elle consiste, elle-même, en un remplacement d'objet.

C'est précisément ce qui se passe dans le statut des valeurs dotales, incluses dans les biens paraphernaux. La jurisprudence, qui a créé ce régime, offre un exemple, sans doute unique, de droit, portant *seulement* sur une valeur individualisée. Soucieux de protéger l'intérêt des tiers, le législateur a posé en principe, que la dotalité d'un bien ne pouvait résulter que de la loi ou du contrat de mariage (3). D'où la règle écrite dans l'article 1553 du Code civil : « L'immeuble acquis des deniers dotaux n'est pas dotal, si la condition de l'emploi n'a pas été stipulée par le contrat de mariage ». Il n'en reste pas moins que cet immeuble, s'il est paraphernal, contient une valeur dotale. Et les tribunaux dans des cas devenus classiques (4) ont mis cette idée en œuvre en soumettant la valeur dotale et le bien paraphernal qui la contient et l'identifie, à deux régimes distincts. Le bien matériel étant paraphernal échappe par lui-même à la jouissance du mari (5) ; il est de plus aliénable et saisissable (6). Mais la valeur dotale qu'il contient obéit à des règles exactement opposées. Le mari en a la jouissance (la femme doit lui céder les revenus du bien paraphernal jusqu'à concurrence du montant de la dot qui s'y trouve comprise (7). De même, la valeur dotale est insaisissable : le bien matériel paraphernal étant valablement saisi, la femme est autorisée à reprendre, par une véritable action en distraction, le montant de sa dot (8). La valeur dotale, enfin, est inaliénable : l'aliénation du bien matériel paraphernal ne s'opère que sous réserve de la valeur dotale incluse. Le droit de la femme, sur cette valeur, est strictement distinct de la créance du prix de vente du bien paraphernal. La différence éclate lorsque le bien est vendu à perte ou même est donné : l'acheteur ou le donataire n'en est pas moins tenu envers la femme du montant intégral de

(3) Cf. *infra*, N° 682. Il faut ajouter, depuis la loi du 22 septembre 1942, la dotalité résultant d'un remploi sur autorisation judiciaire dans les conditions de l'article 1556, al. 2, du Code civ., cf. *supra*, N° 139.
(4) V. ces cas dans Planiol, III, N°s 1672 et suivants.
(5) Cf. Planiol, III, N° 1677.
(6) *Op. cit.*, N°s 1678 et 1679.
(7) *Op. cit*, N° 1677.
(8) *Op. cit.*, N° 1679.

la dot (9). Ainsi la créance du prix peut très bien ne pas exister, le droit de la femme sur sa valeur dotale ne s'en trouve pas atteint.

Tout ce régime montre que la valeur dotale est appréhendée, indépendamment du bien matériel paraphernal, qui la contient. Et c'est précisément dans cette mesure que la théorie de la dotalité incluse exclut la subrogation réelle. Le remplacement pourrait s'opérer au regard du statut paraphernal : le bien paraphernal étant remplacé notamment par la créance de son prix de vente, s'il est vendu, ou par rien, s'il est donné. Mais au regard de la dotalité, aucun remplacement ne se conçoit. La valeur dotale, non sujette à emploi, mais qui sert à l'acquisition d'un bien matériel, n'est pas remplacée, dans le patrimoine de la femme, par ce bien matériel puisque celui-ci est paraphernal. Cette valeur dotale, en tant que valeur individualisée, demeure simplement elle-même. La même constatation s'impose en cas d'aliénation du bien paraphernal à dotalité incluse : là encore, la valeur dotale ne remplace pas le bien aliéné comme le ferait éventuellement la créance du prix. La valeur dotale, qu'elle soit appréhendée par une action en distraction de saisie ou directement contre l'acquéreur amiable, ne se confond ni avec le prix d'adjudication, ni avec le prix de vente. C'est si vrai que le prix peut être insuffisant, voire inexistant, la valeur dotale n'en subsiste pas moins dans son intégralité. La vérité est que cette valeur dotale échappe aux fluctuations, qui atteignent le bien paraphernal dans sa matière. Lorsque ce bien est aliéné, il l'est sous réserve de la valeur dotale, qu'il contient. De sorte que cette valeur demeure elle-même, de façon continue, et ne laisse place à aucun remplacement, donc à aucune subrogation réelle. Dotalité incluse et remplacement sont aussi différents et antinomiques que le sont la continuité et la discontinuité. Si on traduit l'idée de remplacement, donc de discontinuité, par le vocable de subrogation réelle, ce terme est inapplicable à la dotalité incluse. Celle-ci exclut donc la subrogation réelle, dans la mesure même où elle comporte un droit, portant sur une valeur. Sur le plan technique, plus un droit porte sur une valeur, moins son objet est susceptible de remplacement, donc de subrogation réelle. Ce remplacement n'est possible que dans la mesure où l'objet est matériel, donc fini et, en cas de fluctuation, discontinu.

L'analyse rationnelle rejoint donc la constatation des faits (cf. *supra*, I) pour imposer cette conclusion : *l'existence de droits, portant sur des objets matériels, constitue l'hypothèse technique fondamentale de la subrogation réelle.*

(9) *Op. cit.*, N° 1678.

485. — Cette hypothèse conduit à préciser les données exactes, qui commandent la technique de la subrogation réelle.

Il faut d'abord remarquer qu'on retrouve ici, par l'analyse des moyens de réalisation de la destination en valeur, les conclusions auxquelles avait conduit l'étude de la contre-valeur considérée comme objet du remplacement (cf. *supra*, N^os^ 314 et 315). La concordance des deux études jette une clarté accrue sur le rôle joué par la matérialité dans la subrogation réelle .Cette matérialité, qui marque essentiellement l'objet de la subrogation, domine toute sa technique. Et nous devons naturellement comprendre cette matérialité nécessaire de l'objet des droits dans le sens que nous avons déjà défini (cf. *supra*, N^os^ 167 et suiv. et 314). C'est dans la mesure où la matérialité implique la discontinuité et permet par là le remplacement, qu'elle constitue l'hypothèse technique de la subrogation réelle. Par conséquent, nous entendons ici, comme précédemment, l'expression « objet matériel » dans le sens de « contenant déterminé et fini d'une valeur individualisée » (comp. *supra, ibid.*).

Sur cette base, la position du problème technique de la subrogation réelle se dégage nettement. La subrogation consistant à appréhender par un même droit deux objets matériels successifs, suppose nécessairement et par hypothèse la *fongibilité relative de ces deux objets entre eux*. Cette idée qui constitue l'expression précise du matérialisme des moyens d'appréhension contient toute la technique de la subrogation réelle. Elle met en lumière, dès l'abord, une donnée essentielle : la subrogation réelle conserve un droit subjectif déterminé. La fongibilité relative de deux objets entre eux n'a de sens, en effet, que par rapport à un droit subjectif précis. Le remplacement d'un objet par un autre ne se conçoit que si le droit dont l'objet change demeure lui-même. *Deux objets, un seul droit,* telle est la formule qui résume la subrogation réelle. Aussi bien, avons nous vu que le changement d'objet et la conservation du droit s'opèrent dans deux rapports juridiques distincts (cf. *supra*, N^os^ 67 et 68). Nous avons déjà analysé le rapport juridique accessoire, siège du changement d'objet matériel (*supra,* 1^re^ partie). Nous devons analyser ici le rapport juridique principal dans lequel se réalise la conservation du droit. Telle est la donnée formelle et en quelque sorte mécanique qu'implique la notion de fongibilité relative de deux objets entre eux. Elle se complète naturellement par la fonction même de la subrogation réelle, simple moyen de perpétuer une destination en valeur : le droit qu'il s'agit de conserver est précisément celui par lequel cette des-

tination se réalisait sur le bien initial. C'est ce que commande l'idée de perpétuation de la destination qui constitue le but fondamental (cf. *supra*, N^os^ 411 et suiv.) de la subrogation. Conservant sur un bien nouveau le droit préexistant sur le bien ancien, le moyen répond exactement à sa fin. La subrogation réelle se ramène donc à la conservation d'un droit déterminé, dont l'objet seul change. Tout le problème de sa technique se centre sur cette idée.

La première question qui se pose naturellement à cet égard invite à préciser en quoi consiste la conservation d'un droit, dont l'objet matériel change. Ce phénomène relève d'une notion qui ne laisse pas d'être originale et dont l'étude s'impose pour expliquer la technique de la subrogation réelle. Nous consacrerons à cette étude un chapitre premier.

La seconde question à élucider pousse à déterminer dans quelle mesure la conservation du droit est effectivement possible. La fongibilité relative de deux objets matériels entre eux, par rapport à un droit déterminé, est-elles permise par l'organisation technique de ce droit ? De la réponse à cette question dépend la réalisation effective de la conservation du droit, c'est-à-dire le fonctionnement de la subrogation réelle. Nous y consacrerons un second chapitre.

CHAPITRE PREMIER

LA NOTION DE CONSERVATION DU DROIT

486. — Les données précédentes permettent de poser le problème technique de la subrogation réelle sur des bases précises. La subrogation réelle, considérée d'un point de vue formel et mécanique, consiste dans la conservation d'un droit subjectif déterminé dont l'objet *seul* change. La raison d'être de ce procédé, envisagé comme simple moyen de perpétuer une destination en valeur, conduit à identifier le droit qui doit être conservé comme étant celui-là même qui réalisait la destination sur le bien ancien. Le problème se trouvant ainsi enserré dans des limites nettes, il reste à démonter le mécanisme, jusqu'ici sommairement décrit, afin d'être à même, en ayant pris une connaissance aussi fidèle que possible, de le situer exactement sur le plan technique.

Il nous faut donc successivement analyser la conservation du droit et en apprécier la signification.

SECTION I

ANALYSE DE LA CONSERVATION DU DROIT

487. — Dire qu'un droit subjectif demeure alors que son objet matériel change, revient à considérer ce droit subjectif, en dehors même de son objet, comme une entité formant un tout unique. Cette manière, commode mais élisive, de s'ex-

primer, rend un compte assez simpliste de la réalité. Un droit subjectif n'est jamais qu'une série de prérogatives dont la nature, le nombre et les conditions d'exercice sont fort divers et résultent de règles elles-mêmes très variées selon les hypothèses. Finalement, un droit subjectif n'est qu'un ensemble de règles déterminant les pouvoirs de telle personne sur tel bien.

Or, la consistance de cet ensemble n'est pas un tout immuable, il ne comprend pas un nombre exhaustif de prescriptions rigoureusement solidaires les unes des autres. Il se peut que certaines d'entre elles disparaissent ou que d'autres s'ajoutent sans que le droit subjectif cesse d'exister pour autant. C'est précisément ce qui se passe toujours lorsque l'objet matériel d'un droit change. Parfois, la perturbation entraînée par le changement d'objet est telle que toutes les prérogatives disparaissent en bloc ; tel est le cas, par exemple, lorsque l'immeuble hypothéqué fait place à un meuble corporel. L'hypothèque ne peut, sauf décision législative spéciale, passer sur le meuble. Plus souvent, les modifications imposées par le changement d'objet sont partielles et infiniment nuancées. Si, par exemple, un immeuble est remplacé par un meuble corporel qui cède à son tour la place à une créance, les conditions dans lesquelles le droit de jouissance de l'usufruitier ou du propriétaire s'exerce sur ces différents biens changent nécessairement. Il en va de même des règles s'appliquant à l'action par laquelle le titulaire d'un de ces droits réclame le bien qui en est l'objet : la compétence judiciaire éventuellement applicable en cas de contestation, notamment, ne sera pas la même suivant la nature du bien, ou même son emplacement, si l'immeuble ancien est remplacé par un autre immeuble (comp. art. 59 du Code de Proc. civ.). De même encore, les règles de capacité éventuellement applicables aux actes d'administration ou de disposition, varient selon la nature du bien, etc... On pourrait multiplier les exemples propres à convaincre qu'il est impossible de maintenir un *statu quo* juridique rigoureux lorsque l'objet du droit change. Toujours, certaines règles se trouvent modifiées. Leur nombre et leur importance varient à l'extrême selon les hypothèses.

Il est clair, dans ces conditions, que toutes ces modifications ne peuvent exclure la subrogation réelle, sans quoi celle-ci n'existerait jamais. Une discrimination s'impose donc entre les modifications compatibles avec la notion de conservation du droit et celles qui ne le sont pas, afin de déterminer la limite en deçà de laquelle la perturbation apportée par le changement d'objet permet de considérer le droit comme maintenu. Comment faire cette discrimination ?

488. — A la question ainsi posée la doctrine n'a apporté aucune réponse. Les anciens auteurs (cf. *supra*, N° 21), suivis du reste par les modernes (cf. *supra*, N^os^ 33 et 34), distinguent bien entre les qualités intrinsèques (telles celles de meuble et d'immeuble) et extrinsèques (telles celles de bien dotal, de propre de succession ou de communauté) des choses, les secondes étant seules transmises par l'effet de la subrogation réelle (cf. *supra*, N^os^ 20 et 21). Mais aucun enseignement précis ne se dégage de cette distinction, car seules les qualités « extrinsèques » concernent en réalité *le droit* et non les *choses* (cf. *infra*, N^os^ 541 et 542) et aucun critérium rationnel n'est proposé pour déterminer parmi ces qualités dites « extrinsèques », celles qui sont nécessairement transmises par subrogation réelle et celles qui peuvent ne pas l'être. Les qualités extrinsèques sont opposées en bloc aux qualités intrinsèques, mais la définition même qui en est donnée demeure singulièrement imprécise. Il ne s'agit jamais que de « qualités pouvant aisément passer d'un bien à un autre » (1) ou que la chose nouvelle est susceptible de supporter (2). La description du phénomène tient lieu d'explication. De sorte que l'adage « *subrogation sapit naturam subrogati* » dont la prétention à la généralité est évidente, ne recouvre aucune notion précise indiquant où commence et où finit la subrogation réelle. Et les auteurs plus récents, lorsqu'ils parlent de « nature juridique » (3) ou de « condition juridique » (4) se transmettant d'un bien à un autre, ne sont certes pas plus explicites que leurs devanciers d'antan. Seuls, les tenants de la théorie moderne paraissent plus éclectiques lorsque, plus ou moins expressément, ils assimilent les anciennes qualités « extrinsèques » à celles qui expriment l'affectation (5).

On peut certes regretter que les auteurs modernes s'en tiennent à cette affirmation et ne poussent pas plus avant l'analyse. Le point de départ qu'ils proposent ainsi paraît judicieux dans toute la mesure où on ne voit dans la notion d'affectation qu'un aspect de la destination en valeur, c'est-à-dire qu'un but de la subrogation réelle (cf. *supra*, N^os^ 411 et suiv.). La conservation du droit par la subrogation réelle, en effet, n'est qu'un moyen technique de réaliser une destination en valeur malgré une fluctuation matérielle. Or, un moyen ne se justifie que par sa fin. Aussi, les règles juri-

(1) Cf. Lebrun, *Traité des successions*, liv. II, chap. I, sect. I, N° 64.
(2) Cf. Pothier, *Traité des Propres*, sect. II, § 1.
(3) Cf. Aubry et Rau, T. IX, § 575, p. 340.
(4) Cf. Bonnecase, *supra*, N^os^ 50, 52 et 54.
(5) Cf. Demogue, Rev. crit., 1901, pp. 236 et suivantes, et Henry, thèse, pp. 118-119.

diques qui doivent s'appliquer au bien nouveau sont-elles logiquement celles qui soumettaient le bien ancien à la destination que la subrogation réelle a précisément pour mission de perpétuer. Il est clair que, dans chaque cas, le but précis à atteindre varie. Aussi, la même raison, qui commande d'écarter tout dogmatisme systématique de l'étude des buts (cf. *supra*, N° 411), invite-t-elle ici à rejeter toute formule générale préconçue comme l'ancien adage *subrogatum sapit naturam subrogati,* ou même comme la notion d'affectation telle que les auteurs modernes l'entendent (cf. *supra, ibid.*). Ce qu'il est possible de dégager rationnellement, sur un plan général, c'est seulement un critérium, permettant de trouver la solution dans chaque cas particulier. Ce critérium invite à rechercher, chaque fois, quelles sont les règles qui réalisent la destination que l'on se propose de perpétuer par le moyen de la conservation du droit. Dans chaque cas, le but recherché ne peut faire de doute. Ces règles, essentiellement adaptées à sa réalisation, sont celles que la subrogation réelle doit nécessairement conserver. Leur détermination est susceptible de soulever parfois quelque difficulté. Celle-ci doit être résolue, dans chaque cas, en fonction de considérations propres à ce cas. Seule la méthode à suivre est générale : il faut rechercher le rapport de finalité, entre telle ou telle règle, et le but qui la justifie, c'est-à-dire la destination assignée au bien ancien. La seule conclusion générale, qui s'impose, apparaît donc clairement, *une technique ne se justifiant que par son but, la recherche des règles nécessairement conservées par la subrogation réelle doit obéir à un esprit essentiellement finaliste.*

489. — Le même esprit pousse, du reste, à conserver les autres règles dans toute la mesure du possible. Les buts de la subrogation commandent, en effet, de soumettre les deux biens, aussi identiquement que possible, à la même destination. C'est pourquoi, la conservation technique doit être poussée au maximum permis par les circonstances et au delà même des règles traduisant essentiellement la destination. Ces dernières représentent le *minimum* de conservation en deçà duquel il n'est plus possible de parler de subrogation, puisque le but qui, seul, justifie celle-ci, ne pourrait plus être atteint.

C'est ce minimum qu'il importe de déterminer en examinant le phénomène subrogatoire de plus près. Si, sur le plan général, aucune solution substantielle et précise ne peut être établie, du moins est-il possible de tracer des cadres propres à faciliter la recherche. Celle-ci ne vise à rien d'autre qu'à établir, au regard du but que le droit subjectif permet

d'atteindre, une discrimination entre les règles essentielles et les règles accessoires.

Mais ce but même crée une réelle unité entre ces différentes règles et permet, dès l'abord, de voir au moins dans les premières, un tout constitutif de l'unité irréductible du droit subjectif. Considérant celui-ci sous cet angle, on discerne deux éléments propres à faciliter l'étude de sa conservation en en traçant les cadres. Le droit, en tant que mode d'appréhension d'un bien déterminé, doit être conservé dans sa *nature* et dans son *individualité*. C'est sous ces deux aspects qu'il convient d'analyser la conservation du droit.

§ 1er. — Conservation du droit dans sa nature

490. — Les éléments propres à caractériser la nature d'un droit sont les prérogatives que ce droit procure à son titulaire et la manière dont elles doivent être exercées. C'est par ces deux groupes de caractères qu'un droit subjectif permet à une personne de tirer tel ou tel avantage d'une chose et présente par conséquent, pour cette personne, un intérêt pratique.

Ainsi, le droit de propriété se caractérise par la plénitude et l'étendue des prérogatives dont jouit le propriétaire sur sa chose ; ces prérogatives se résument traditionnellement dans les trois termes *usus, fructus, abusus* (6). Il est clair que les caractères de ces prérogatives présentent, en fait, pour le propriétaire un intérêt pratique primordial. Là ne se bornent pas, pourtant, les avantages procurés par la propriété : l'exclusivité de ce droit (7), la possibilité pour le propriétaire dépossédé de revendiquer son bien contre tout possesseur ou détenteur en échappant à tout concours avec les créanciers de celui-ci (droit de suite et droit de préférence) (8) assurent à l'exercice des prérogatives précédentes, une efficacité pratique, dont on ne saurait faire abstraction, pour caractériser le droit du propriétaire. Chaque fois que l'ensemble de ces pouvoirs se reconnaît sur un bien, on peut parler d'appropriation de ce bien. En ce sens, on détermine la nature du droit portant sur ce bien comme étant une propriété.

De même, le droit du preneur à bail est caractérisé par l'ensemble des prérogatives réglementées par les articles

(6) Cf. Ripert et Boulanger, I, Nos 2715 et suivants.
(7) *Op. cit.*, Nos 2722 et suivants.
(8) *Op. cit.*, Nos 2610 et 2611.

1717 et suivants du code civil dont le résultat essentiel est de permettre au preneur de jouir de la chose louée conformément à sa destination (art. 1719, 3°, et 1728, 1°, du Code civil), ainsi que par l'obligation dans laquelle se trouve le preneur d'obtenir du bailleur tous ses avantages (9).

Il peut arriver, du reste, que l'opposabilité du droit représente l'essentiel des prérogatives conférées par ce droit. Ainsi, l'hypothèque est intéressante pour le créancier qui en bénéficie, dans la mesure où elle ajoute au droit de saisie l'avantage de pouvoir se faire payer par préférence, dans la distribution du prix d'adjudication et éventuellement de suivre l'immeuble en quelques mains qu'il se trouve (art. 2166 du Code civil). Telles sont les prérogatives essentielles de l'hypothèque.

La nature d'un droit subjectif quelconque, se détermine donc par la nature des avantages particuliers qu'il procure en fait à son titulaire. Et ces avantages se caractérisent à la fois par le contenu même des prérogatives permises par le droit et par la façon dont elles sont exercées, c'est-à-dire à la façon d'un droit réel ou d'un droit personnel. C'est sous ces deux aspects qu'il semble bien convenir, sur le plan général, d'étudier la conservation du droit dans sa nature.

491. — Il est vrai que le bien-fondé de cette distinction a été contesté par certains auteurs prétendant faire intervenir le pouvoir juridique contenu dans un droit pour déterminer le caractère réel ou personnel de ce droit. Et ces mêmes auteurs ont précisément reproché à la théorie « personnaliste » du droit réel, soutenue par Planiol (10) et Demogue (11), de ne pas rendre compte du contenu des droits et d'abandonner la notion d'obligation passive universelle avancée pour caractériser le droit réel en général, dès qu'il s'agit de définir chacun des droits réels pris en particulier (12).

Cette opinion, liant la comparaison des droits réels et personnels aux pouvoirs juridiques, contenus dans ces droits, ne paraît pas devoir être retenue. La distinction des droits personnels et des droits réels ne concerne que les prérogatives assurant le mode d'exercice du droit et non celles formant le contenu de ce droit. Cette distinction oppose deux grandes catégories, selon les conditions dans lesquelles les

(9) Cf. Ripert et Boulanger, II, N°s 2666 et 2667.
(10) Planiol, I, N°s 2159 et suivants.
(11) Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, pp. 405 et suivantes.
(12) Cf. Hauriou, *Principes de droit public*, pp. 170 et suivantes ; Rigaud, *Le droit réel*, thèse, Toulouse, 1912, p. 225 ; Maurice Picard, *in* Planiol et Ripert, III, N° 39.

droits qu'elles comprennent obligent telle ou telle personne ou s'*opposent* à elle ou à tout le monde (cf. *infra*, N^os^ 501 et suiv.). Mais, à l'intérieur de chacune de ces catégories, chaque droit subjectif se différencie des autres par le contenu des prérogatives qu'il procure et non par les conditions dans lesquelles il est opposable ou obligatoire. C'est à l'analyse des prérogatives propres à chaque droit et formant le contenu de ce droit qu'il faut recourir pour différencier la propriété, l'usufruit, les servitudes, etc... Or, tous ces droits sont, de l'avis général, des droits réels en ce sens qu'ils sont également opposables à tous. Mais, à l'inverse, le droit du preneur à bail et celui de l'usufruitier se distinguent moins par le contenu même du droit de jouissance que par la façon plus ou moins énergique dont cette jouissance s'exerce, l'usufruitier opposant son droit à tout le monde y compris le nu-propriétaire, le preneur obligeant son seul bailleur (comp. *infra*, N^os^ 497 et suiv.). La différence entre ces deux droits qui correspond à la distinction des droits réels et personnels, ne repose pas essentiellement sur l'analyse du contenu typique du droit de jouissance.

Aussi bien, ne paraît-il pas pertinent de reprocher à la théorie personnaliste du droit réel, d'avoir négligé d'analyser le contenu du droit pour opposer l'obligation passive universelle à l'obligation ordinaire. C'est ce que Planiol lui-même fait, du reste, observer en soulignant que, pour prendre une connaissance complète de chaque droit réel, il convient de rechercher le pouvoir juridique, contenu dans ce droit. Mais le même auteur précise bien que ce pouvoir « ne s'explique pas par la seule possession » (13), c'est-à-dire, par le caractère de droit réel dont la mission constante est justement de « garantir le fait de possession » (14).

L'analyse du contenu des droits subjectifs et la distinction des droits réels et personnels traduisent donc deux réalités différentes et relèvent de deux critères également différents. La première révèle la nature et le nombre des prérogatives reconnues par le droit ; en ce sens, elle rend compte de *l'étendue de l'appréhension* des choses par ce droit. La seconde rend compte du mode d'exercice des prérogatives et exprime avant tout la *force d'appréhension* des choses par les droits. Ces deux points de vue méritent d'autant plus d'être distingués, que chacun d'eux traduit une manière particulière de réaliser la destination assignée à un

---

(13) Planiol, *op. cit.*, N° 2160 bis.
(14) *Op. cit.*, N° 2164.

bien. Il est donc normal *a priori* que la subrogation réelle ait pour mission de les respecter. C'est en ce sens et pour cette raison qu'il convient d'étudier la conservation du droit dans son contenu et dans son mode d'exercice.

1er POINT. — CONSERVATION DU DROIT DANS SON CONTENU

492. — Nous entendons par contenu du droit l'ensemble des prérogatives ou encore, dans le sens où avec Planiol (15) on convient d'employer ce terme (16) le « pouvoir juridique » conféré au titulaire du droit sur la chose et lui permettant d'en tirer un profit déterminé. Ces prérogatives varient suivant chaque type de droit subjectif en fonction des caractères propres au but que ce type de droit permet d'atteindre. Elles sont toujours multiples, et certaines d'entre elles subissent par la force des choses une perturbation lorsque le droit change d'objet. Lesquelles doivent nécessairement être conservées par la subrogation réelle ?

C'est ici qu'il convient surtout de se pénétrer de l'esprit finaliste de la recherche (cf. *supra,* N° 488). Toute réponse générale demeure forcément formelle : les prérogatives du droit que la subrogation doit nécessairement conserver d'un bien à un autre sont celles réalisant l'essentiel de la destination qu'il s'agit de maintenir. Il importe donc, chaque fois, d'analyser l'essentiel de la destination, c'est-à-dire d'apprécier l'avantage pratique principalement recherché au moyen du droit, et de déterminer les règles qui sont strictement en rapport avec ce but. Il est clair que d'une hypothèse à l'autre, ce but varie et, par conséquent, avec lui, les règles visant à l'atteindre. Le problème est donc aussi divers que la vie juridique elle-même. C'est pourquoi il n'est possible de dégager sur le plan général, que le critérium de la solution. Quant à celle-ci, on ne peut en donner que des exemples, qui préciseront du reste la mise en œuvre du critérium dégagé rationnellement, de façon beaucoup plus expressive que ne le ferait n'importe quelle formule générale.

493. — Ainsi, les prérogatives, formant le contenu du droit de propriété, se résument essentiellement dans les trois termes classiques *usus, fructus, abusus* (cf. *supra,* N° 490 texte et note 6). Elles marquent la plénitude et l'étendue caractéristiques de la propriété et confèrent à celle-ci toute sa signification sociale et tout l'intérêt qu'elle présente pour son

(15) *Op. cit.,* N° 2160 bis.
(16) Maurice Picard, *op. cit.,* N°s 39 et 40.

titulaire (17). La destination d'un bien à son propriétaire revêt toute sa signification typique par l'exercice de ces prérogatives. Aussi, la subrogation doit-elle nécessairement conserver ces dernières, faute de quoi la destination impliquée par le droit de propriété se trouverait modifiée dans ses caractères fondamentaux. Pour que le droit de propriété se reconnaisse, en tant que tel, sur le bien nouveau, il faut que le titulaire du droit puisse user, jouir et disposer de ce bien, aussi pleinement qu'il le pouvait de l'ancien. La mission essentielle de la subrogation réelle est de lui conserver ces avantages.

Ce principe étant admis, il faut pourtant remarquer que le changement d'objet matériel peut entraîner des modifications secondaires dans l'exercice de ces pouvoirs juridiques. Si, par exemple, un meuble remplace un immeuble, les droits de jouissance et d'usage se trouvent pratiquement modifiés. Si le propriétaire est un incapable, les règles d'administration et de disposition, applicables au meuble nouveau, ne seront pas les mêmes que celles qui prévalaient relativement à l'immeuble ancien. De telles modifications ne font pas échec au principe même de la conservation du droit dans la mesure où elles sont imposées par les circonstances de fait, et ne représentent rien d'autre que les conditions d'exercice des prérogatives de la propriété, adaptée à la nature du bien, qui en est l'objet. La subrogation réelle doit demeurer étrangère à la question générale de savoir si la propriété de tel ou tel genre de bien est ou non possible. Si le bien nouveau est tel que son appropriation soit impossible par application des principes généraux commandant la propriété, la subrogation réelle est nécessairement exclue, dans son principe même, tout droit portant sur le bien nouveau ne pouvant relever que d'une inspiration différente de celle qui marquait la propriété initiale. Si, au contraire, toujours en application des principes généraux, l'appropriation du bien nouveau est admissible, la subrogation réelle devient concevable : sa mission est de transporter le droit de propriété sur ce bien nouveau. Mais ce droit s'exerce alors dans les conditions qui correspondent à la nature propre de l'objet nouveau. Ces conditions d'exercice peuvent être différentes de celles qui prévalaient sur le bien ancien ; le droit de jouissance peut prendre un autre aspect pratique, le droit d'usage peut perdre le plus clair de sa signification, par exemple si le bien nouveau est une créance. Peu importe, dès lors, que les prérogatives, se retrouvant sur le bien nouveau, correspondent à la notion même d'appropriation, c'est-à-dire qu'elles relèvent

(17) Comp. Ripert et Boulanger, I, N^{os} 2704 et suivants, 2705 et suivants.

toujours de la même inspiration de plénitude des pouvoirs réalisable sur ce bien-là. Elles répondent, dans cette mesure, à la raison d'être de la subrogation réelle. Le droit de propriété doit donc être considéré comme conservé dans son contenu, lorsque ses prérogatives essentielles *usus*, *fructus*, *abusus*, sont reconnaissables sur le bien nouveau dans *toute la mesure où ce bien nouveau en est susceptible.*

La notion de conservation du droit ne devrait être rejetée et, par conséquent, l'idée même de subrogation réelle exclue, que si une prérogative caractéristique de la propriété était possible, mais effectivement inexistante sur le bien nouveau. Alors, le droit de propriété ne serait pas conservé en tant que tel, puisque le bien nouveau ferait l'objet d'une appréhension différente de celle que le droit de propriété serait susceptible de permettre sur ce même bien.

Ainsi, se précisent les directives permettant de caractériser la conservation du droit dans son contenu. Il ne suffit pas que certaines prérogatives, même importantes, disparaissent pour que la notion de subrogation réelle soit exclue. Cette conclusion ne s'impose que dans deux hypothèses : celle où la disparition de ces prérogatives est due à une impossibilité générale d'appropriation du bien nouveau (en ce cas, ce sont alors *toutes* les prérogatives du propriétaire qui disparaissent en tant que telles) et celle où le bien nouveau, susceptible d'appropriation en général et notamment des dites prérogatives en particulier, n'en serait pas effectivement l'objet. Dans ces deux hypothèses, on peut parler de perte de la propriété. La subrogation réelle alors n'existe pas. Au contraire, la subrogation est compatible avec la perte de certaines prérogatives, même importantes, lorsque cette perte, limitée à la mesure imposée par les circonstances, n'empêche pas toutes les autres prérogatives, compatibles avec la nature et l'individualité du bien nouveau, de subsister et de réaliser la forme d'appropriation correspondant à ce bien, selon les principes qui gouvernent le droit de propriété. Autrement dit, la subrogation réelle doit conserver toutes les prérogatives compatibles avec la nature du bien nouveau, représentant la forme normale de la propriété réalisable sur ce bien-là. Ainsi, en effet, la conservation est poussée à son maximum et l'idée de plénitude d'appréhension satisfaite. Le droit est conservé parce que le but qu'il vise est atteint sous la forme correspondant à la nature et à l'individualité du bien nouveau ; c'est en fonction de ce but qu'on peut parler de subrogation réelle. On peut donc conclure que *le droit de propriété doit être considéré comme conservé dans son contenu lorsque sont effectivement maintenues toutes les prérogatives compatibles avec la nature et*

l'individualité du bien nouveau, et représentant la forme normale de propriété réalisable sur ce bien-là.

En application à ces idées, les modifications imposées par la substitution d'un meuble à un immeuble dans l'administration du bien d'un mineur, par exemple, n'empêchent pas de reconnaître une subrogation réelle dans le droit de propriété de ce mineur. Ce qui importe, c'est que toutes les prérogatives de la propriété mobilière soient reconnues au mineur sur le meuble. Le fait qu'elles soient en elles-mêmes différentes de celles caractérisant la propriété immobilière, est sans influence sur le concept de la subrogation réelle puisqu'elles réalisent la même idée de plénitude d'appréhension, simplement adaptée à la nature particulière du bien nouveau selon les idées directrices générales, gouvernant l'exercice du droit de propriété du mineur. De même encore, la modification des règles de compétence judiciaire, *ratione loci,* qu'entraîne le remplacement d'un immeuble par un autre immeuble ou par un meuble, est indifférente à la notion de subrogation réelle, cette modification ne concernant qu'une modalité accessoire d'exercice de la propriété et n'affectent pas l'idée essentielle de plénitude d'appréhension.

494. — L'idée directrice, précisant la conservation du contenu de la propriété, se retrouve à propos des autres droits. Toujours, au fond, la subrogation réelle doit conserver les prérogatives compatibles avec la nature et l'individualité du bien nouveau, et représentant le contenu du droit normalement applicable à ce bien. Ces prérogatives expriment, chaque fois, le maximum de conservation permis par la technique juridique générale (18). Dans cette mesure, la perte de certaines prérogatives même importantes, n'est pas incompatible avec la subrogation réelle, puisque la subsistance des autres prérogatives suffit à faire reconnaître le droit sur le bien nouveau. Cette reconnaissance est le signe que le bien nouveau est soumis à la même destination que l'ancien dans toute la mesure permise par la technique générale. On ne saurait demander davantage à la subrogation réelle, simple procédé utilisant cette technique et lui demeurant essentiellement subordonné (cf. *supra,* N° 480 et suiv.). La conservation doit être considérée comme suffisante, dès lors que le but qui l'inspire est atteint dans toute la mesure rendue possible par la technique générale.

---

(18) Nous entendons par « technique générale » les données techniques établies sans aucun rapport spécifique avec la subrogation réelle et conditionnant seulement celle-ci. Par exemple, les règles propres à la propriété mobilière par opposition à celles régissant la propriété immobilière représentent la technique générale (du droit de propriété) par rapport à une éventuelle subrogation réelle.

Un autre exemple, celui de la subrogation réelle dans le droit de la femme sur ses biens dotaux, illustre ces idées. La subrogation réelle, sous le régime dotal, a pour mission de perpétuer l'affectation familiale de la dot, malgré des fluctuations matérielles atteignant les biens dotaux (cf. *supra*, N^{os} 129 et suiv. et *infra*, N° 682). Elle consiste donc en une conservation des règles qui traduisent essentiellement cette affectation familiale : les droits de jouissance et d'administration du mari, et surtout l'indisponibilité dotale (19). Or, le changement de bien dotal peut imposer des modifications parmi les plus importantes de ces règles. La subrogation réelle n'en doit pas moins être reconnue, dès lors que la qualification dotale du bien nouveau subsiste selon les principes qui gouvernent le régime dotal. On peut citer deux exemples typiques de telles modifications.

Lorsqu'un immeuble dotal est remplacé par un meuble, la dotalisation de ce dernier, si elle s'accomplit (cf. *infra*, N° 682), n'empêche pas ce meuble de devenir aliénable entre les mains du mari d'après une jurisprudence constante (cf. *supra*, N° 132). Cette modification supprime une protection capitale de l'affectation familiale que la subrogation réelle a précisément pour rôle essentiel de conserver. Il faut pourtant admettre que l'application au meuble des autres règles de la dotalité suffit à caractériser la conservation du droit de la femme, malgré la disparition de l'inaliénabilité. La question de savoir si un meuble peut ou non être dotal ne relève pas de la théorie générale de la subrogation réelle ; elle dépend des principes qui gouvernent le régime dotal. Ces principes indiquent l'existence possible des meubles dotaux et précisent aussi en quoi consiste cette dotalité. Celle-ci, pour ne pas comporter l'inaliénabilité n'en traduit pas moins l'affectation familiale des meubles dotaux. Il faut seulement conclure que cette affectation se réalise d'une façon particulière, moins énergique qu'en matière immobilière. Telle qu'elle est, cette affectation continue à justifier la subrogation réelle. Mais celle-ci est naturellement sans influence sur les conditions dans lesquelles un meuble peut être dotal. Elle doit transmettre le principe même de la dotalité, c'est-à-dire de l'affectation familiale. Cette affectation, une fois transmise, se réalise sur le bien nouveau, dans les conditions imposées par la nature de ce bien, selon les principes du régime dotal. La subrogation réelle doit s'incliner devant ces principes. Il faut la reconnaître dès lors que *toutes les règles* de la dotalité *des meubles* s'appliquent au bien nou-

(19) Cf. Ripert et Boulanger, III, N^{os} 1119, 1144 et suivants, 1218, 1235.

veau. Alors, en effet, l'affectation familiale est bien perpétuée, sous sa forme propre aux meubles, et le but de la subrogation réelle est atteint dans toute la mesure permise par les règles propres au régime dotal, que la subrogation ne saurait modifier. Et inversement, si l'on admet le principe de la subrogation réelle d'un meuble nouveau, à un immeuble dotal ancien, il faut en déduire la dotalisation du meuble telle qu'elle existe normalement à l'égard de ce genre de biens, c'est-à-dire sous réserve de l'inaliénabilité. Il ne faut voir dans cette dernière affirmation qu'un autre aspect de la même vérité : la subrogation réelle est compatible avec la perte de l'inaliénabilité, dans toute la mesure où, d'une part, cette modification est imposée par les principes du régime dotal et où, d'autre part, tous les autres caractères de la dotalité des meubles s'appliquent effectivement au meuble nouveau.

Un deuxième exemple de modification compatible avec la notion de conservation de la dotalité est non moins typique. Lorsque le prix de vente d'un immeuble dotal est remployé dans l'acquisition d'un autre immeuble, devant lui-même devenir dotal, ce nouvel immeuble n'est insaisissable que sous réserve du privilège du vendeur, à qui la femme l'a acheté, mais non encore totalement payé (20). L'insaisissabilité du nouvel immeuble est donc plus restreinte que celle dont l'ancien se trouvait frappé. Et cette restriction affecte des règles garantissant directement la destination familiale du bien, que la subrogation doit perpétuer. Pourtant, il faut admettre ici encore, que cette modification est compatible avec la subrogation réelle. Elle ne résulte pas, comme dans l'exemple précédent, de la nature physique du bien nouveau mais des circonstances dans lesquelles ce bien a été acquis : celui-ci, au moment de devenir dotal, était déjà frappé par le privilège du vendeur et on admet que la dotalité ne peut faire échec à cette charge qui, sur le bien nouveau, lui est antérieure (21). Peu importe le motif, le résultat est le même que précédemment : le bien nouveau, pour des raisons qui lui sont propres, n'est pas susceptible de supporter une dotalité aussi pleine que celle qui s'appliquait au bien ancien. Cela ne doit pas l'empêcher de devenir dotal, mais dans la mesure seulement où il en est capable. La subrogation réelle ne peut que tenir compte de cette mesure, non la modifier. Son but est de perpétuer l'affectation familiale de la dot. Mais sa technique consiste à transporter une dotalité qui est établie sur un plan plus général et en dehors d'elle. Par suite, elle répond à son but dès lors qu'elle perpétue le principe même

(20) *Op. cit.* N° 1396.
(21) *Ibid.*

de l'affectation familiale. Mais elle est impuissante, sur le plan technique, à modifier les conditions dans lesquelles le bien nouveau peut supporter la dotalité. Il est clair, dans ces conditions, que son rôle n'est pas d'évincer des droits grevant le bien nouveau avant sa dotalisation. Ces droits sont établis dans l'intérêt de tierces personnes. Si, sur un plan général, on admet que l'intérêt de la famille ne peut préjudicier à celui des tiers, lorsque celui-ci est antérieur (22), la subrogation réelle doit s'incliner devant ce principe. Elle n'en existe pas moins dès lors que *toutes les règles dotales compatibles avec le bien nouveau* sont effectivement transmises sur ce bien. Le principe même de l'affectation familiale étant perpétué, la technique répond à son but ; on peut considérer le droit dotal de la femme comme conservé et le concept de la subrogation comme parfait. La conclusion qui s'impose est donc la même que dans les exemples précédents.

495. — Ces exemples ne permettent, certes pas, de dégager une solution générale. Ils suffisent toutefois à préciser le critérium finaliste dégagé rationnellement (cf. *supra*, N[os] 488 et 492). Ce critérium est, en définitive, assez simple. Les prérogatives formant le contenu du droit et devant nécessairement être conservées par la subrogation sont toutes celles assurant l'exercice normal de ce droit sur le bien nouveau. Pour connaître cet exercice normal, c'est la technique générale régissant le droit en cause, qu'il faut consulter. Il importe, à cet égard, de distinguer la possibilité d'existence de tel droit sur tel bien en application des principes gouvernant ce droit, et, l'essence de la subrogation réelle. La première question doit être tranchée d'abord et sans faire intervenir le concept de subrogation réelle, lequel ne se précise qu'en fonction de la réponse à cette première question. Si le bien nouveau n'est pas susceptible d'appréhension par le droit en cause, selon les principes gouvernant ce droit, aucune subrogation réelle n'est naturellement concevable. Le problème s'avère plus délicat lorsque le bien nouveau peut être l'objet du droit à conserver, mais sous réserve de modifications imposées par les principes généraux pour des raisons diverses étrangères à la subrogation réelle. Alors, la notion de conservation du droit s'analyse dans la reconnaissance sur le bien nouveau de toutes les prérogatives dont ce bien est normalement susceptible. Autrement dit, les modifications juridiques apportées par le changement d'objet doivent se limiter à celles imposées par la technique générale. Il est donc possible de préciser la recherche qui s'impose dans chaque cas particulier, selon un esprit finaliste, par la direc-

(22) *Op. cit.*, N° 1388.

tive générale suivante : *Un droit peut être considéré comme conservé dans son contenu lorsque toutes les prérogatives caractérisant ce droit sur le bien nouveau, selon la technique générale* (23), *sont effectivement conservées sur ce bien.*

Tel étant le critérium technique, il importe de souligner sa justification et sa signification.

Il se justifie évidemment par ses buts. Si les prérogatives, subsistant sur le bien nouveau, suffisent à faire reconnaître le droit, selon la technique générale, c'est que la destination initiale se trouve satisfaite, pour l'essentiel, dans toute la mesure compatible avec la nature et l'individualité de ce bien nouveau. Le but visé par le droit sur le bien ancien est donc maintenu au maximum réalisable sur le bien nouveau. La mission essentielle de la conservation du droit étant alors remplie, la technique répond suffisamment à son but fondamental : la subrogation réelle existe. Il n'en va autrement que lorsque certaines prérogatives essentielles pour la réalisation de la destination ne sont pas conservées alors qu'elles pourraient l'être selon la technique générale. Alors, il n'est pas possible, selon cette technique même, de reconnaître le droit sur le bien nouveau. Ce fait, ici encore, a un sens clair : le but visé n'est plus satisfait dans toute la mesure effectivement possible sur le bien nouveau. La conservation ne répond donc plus à ce but ; il lui manque un élément essentiel qu'elle pourrait comporter, mais qu'elle ne comporte pas ; elle est donc foncièrement insuffisante et on ne peut plus parler de subrogation réelle. Le critérium général proposé est donc fondé, au regard de la mission que doit remplir la conservation du droit. Il est, du même coup, justifié, puisqu'aussi bien toute technique ne se justifie que par ses buts. Conformément à cet esprit, il conduit très simplement à conserver du droit existant précédemment sur le bien ancien, le *maximum* de règles compatibles avec le bien nouveau. La conservation du droit doit remplir toutes les possibilités qui lui sont offertes par la technique générale. Ces possibilités ne peuvent évidemment être connues, dans chaque cas particulier, que par l'analyse du droit en cause. Nous ne pouvons que dégager le principe et la raison de cette analyse et en donner seulement quelques exemples, suffisant, semble-t-il, à l'illustrer. C'est à ce maximum de conservation réalisable sur le bien nouveau que la subrogation réelle se reconnaît. Et inversement, si on admet la subrogation réelle, il faut en déduire ce maximum de conservation. Il ne faut voir dans ces deux affirmations que les deux aspects d'une même

(23) Il convient de rappeler ici le sens que nous donnons à cette expression : cf. *supra*, note (18).

vérité qui importe surtout en elle-même. Elle conduit, du reste, à des résultats qui méritent l'attention. Il se peut que parmi les règles compatibles avec le bien nouveau, et subsistant par conséquent sur lui, certaines soient moins importantes au regard du but visé, que celles dont la disparition est imposée par la technique générale. Ainsi, dans les exemples que nous avons cités (*supra,* N° 494) en matière de dotalité, les biens nouveaux ne deviennent dotaux que sous réserve d'importantes restrictions dans l'indisponibilité. Mais ces mêmes biens demeurent, d'autre part, soumis à l'administration et à la jouissance du mari en application de la subrogation réelle. Pourtant, si cette administration et cette jouissance expriment bien l'affectation familiale de la dot, c'est seulement dans la mesure où le mari est considéré comme chef de la famille (24). La remise de la dot au mari traduit l'affectation familiale de façon beaucoup moins essentielle que ne le font l'inaliénabilité et l'insaisissabilité. Il suffit de songer à la perpétuation de la dotalité, en cas de restitution de la dot à la femme après la séparation de biens, pour s'en convaincre. La dot, entre les mains de la femme, n'en est pas moins affectée au ménage dans la mesure où elle demeure indisponible. Ainsi, des règles essentielles, au regard du but visé, peuvent disparaître en cas de subrogation réelle, alors que d'autres plus secondaires subsistent. Ce phénomène, exprimé par la directive générale que nous proposons, en souligne toute la signification.

Le critérium, en application duquel il convient d'apprécier si un droit est ou non conservé dans son contenu, suppose donc une référence essentielle à la technique générale. C'est par rapport aux possibilités de conservation du droit, offertes par la technique générale, qu'il faut apprécier la conservation effectivement réalisée pour savoir si cette conservation est ou non une subrogation réelle. Si ces possibilités doivent être totalement utilisées, elles ne sauraient être dépassées. Ce fait met en lumière le caractère véritable de la subrogation réelle. Elle n'est qu'un procédé utilisant une technique qui lui résiste et qui est établie selon des données qui ne lui correspondent pas exactement. Il ne faut donc pas demander à ce procédé plus qu'il ne peut donner, et notamment pas de modifier les règles qu'il utilise. C'est pourquoi certaines règles essentielles ne sont pas transmises sur le bien nouveau alors que d'autres, moins typiques, le sont. Si la subrogation réelle se réalisait selon une technique *spécialement créée pour elle* il en irait différemment. Elle pourrait se développer dans toute la mesure réclamée par la

(24) Ripert et Boulanger, III, N°s 1218 et 1235.

logique de ses buts. Il serait alors concevable, par exemple, qu'un meuble dotal soit inaliénable lorsqu'il remplace un immeuble. La subrogation réelle aurait ainsi sa vertu propre. Mais dans l'état actuel de la technique il n'en est rien. La subrogation réelle n'est que l'utilisation d'une technique qui lui est étrangère. C'est par cette technique qu'elle atteint ses buts. Ce fait explique son imperfection essentielle qui consiste en une sorte de décalage entre sa logique propre, la poussant à conserver nécessairement toutes les règles en rapport direct avec la perpétuation de la destination, et la logique qui lui est effectivement imposée par la technique générale. C'est seulement dans la mesure permise par cette technique que la conservation du droit peut être poussée à son maximum et, par conséquent, que la subrogation réelle peut atteindre son but.

Telle est la conclusion que dégage l'analyse de la conservation du droit dans son contenu. Elle se confirme par l'étude de la conservation du droit dans son mode d'exercice.

2e POINT. — CONSERVATION DU DROIT DANS SON MODE D'EXERCICE

496. — Il ne suffit pas d'établir le principe de la conservation d'une prérogative déterminée, pour avoir une notion complète de la conservation du droit dans sa nature. Il faut aussi analyser la façon dont cette prérogative doit continuer à s'exercer.

Une même prérogative peut, en effet, s'exercer de façons différentes. Le droit de jouissance, par exemple, est tantôt opposé à tous sans que le titulaire ait rien à réclamer à personne (ainsi l'exercent le propriétaire, l'usufruitier, l'usager du bien), tantôt obtenu de la prestation volontaire d'une ou plusieurs personnes déterminées (tel est le cas du preneur à bail ne pouvant exercer son droit que contre son bailleur). De même, le droit du créancier de se payer sur le prix de vente d'un bien appartenant à son débiteur, après saisie, s'exerce soit en concours avec les autres créanciers lorsque le saisissant est lui-même un créancier chirographaire, soit en évinçant les autres créanciers, à qui il s'oppose, lorsque le saisissant bénéficie d'une sûreté réelle sur le bien saisi. En somme, suivant que le droit est un droit réel ou un droit personnel, les prérogatives qui en forment le contenu s'exercent avec une plus ou moins grande force. Alors que le nombre des prérogatives exprime l'étendue de l'appréhension des choses par un droit, le mode d'exercice de ces pré-

rogatives opposables à tous ou seulement obligatoires pour certains, traduit la force de l'appréhension.

Il n'est pas douteux que cette force d'appréhension influence directement la réalisation de la destination à laquelle le bien est soumis. L'efficacité de la destination est subordonnée à la façon plus ou moins énergique dont le droit est exercé. Aussi, faut-il poser, en principe, que la subrogation réelle doit conserver le caractère réel ou personnel du droit en cause. Cette conservation représente même un intérêt pratique primordial de la subrogation réelle.

Mais elle suppose une distinction tranchée et nette entre les droits réel et personnel. Or, cette distinction, longtemps et traditionnellement tenue pour exacte (25), a été contestée à partir de la fin du XIX[e] siècle, par un très important mouvement doctrinal (26). Il ne nous appartient certes pas ici de prendre parti à titre principal dans cette discussion. Pourtant, celle-ci n'est pas sans répercussion sur notre analyse. Le principe même de la distinction entre droits reél et personnel étant mis en discussion, il ne nous est pas possible de nous y reporter sans réserve en le tenant pour exact, ce qui reviendrait à prendre parti sans justification. Force est donc, à tout le moins, abordant le problème sous le seul angle de la subrogation réelle, de préciser la vérité qu'on entend traduire en disant que le droit réel et le droit de créance doivent être conservés en tant que tels.

Cette distinction peut avantageusement être envisagée sous deux angles : celui de l'étendue des effets attachés aux deux catégories de droits, c'est-à-dire de leurs *portées* comparées et celui de leurs *natures* respectives. C'est surtout le premier qui est adopté dans la controverse générale comparant les droits réel et personnel, bien qu'il soit théoriquement le moins important et le moins susceptible de conduire à des solutions précises et claires. Mais, au point de vue pratique, la portée plus ou moins grande d'un droit, exerce, tout autant que sa nature technique véritable, une influence directe sur la force avec laquelle ce droit permet d'appréhender le bien qui en est l'objet. Les portées comparées, tout comme les natures respectives du droit réel et du droit personnel, traduisent des forces d'appréhension différentes. Il entre donc dans la mission de la subrogation réelle de conserver, à ce double égard, ces deux sortes de droits en tant que

(25) Cf. Aubry et Rau, II, § 172, v. Ripert et Boulanger, I, N° 2601.

(26) Cf. Planiol, I, N[os] 2159 et suivants ; Roguin, *La règle de droit*, pp. 256 et suivantes ; Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, pp. 405 et suivantes ; v. Rigaud, *Le droit réel*, thèse, Toulouse 1912, et Planiol et Ripert, III, par Maurice Picard, N[os] 37 et suivants.

telles. C'est pourquoi nous étudierons la conservation des droits réel et personnel considérés dans leur portée et dans leur nature.

I. — CONSERVATION DES DROITS REEL ET PERSONNEL CONSIDERES DANS LEUR PORTEE

497. — Les auteurs reconnaissent généralement comme fondée, à cet égard, la distinction des droits réel et personnel. Le droit réel est normalement opposable *à tous*. Le droit personnel ne l'est pas ; il oblige simplement *une ou plusieurs personnes* limitativement déterminées. La large opposabilité du droit réel s'exprime par deux attributs traditionnels : le droit de préférence et le droit de suite, que ne comporte pas normalement le droit de créance.

Cette différence fondamentale de portée avait déjà été soulignée par Aubry et Rau lorsqu'ils analysaient le droit réel en un droit portant directement sur une chose et opposable à toute autre personne (27). Mais c'est surtout la théorie dite « personnaliste » du droit réel qui, avec Planiol, a mis en lumière la portée étendue du droit réel qu'après Aubry et Rau, certains auteurs classiques avaient, sinon ignorée du moins négligée (28). Lorsque Planiol ramène l'opposabilité du droit réel à une obligation passive universelle, il insiste sur ce dernier caractère, dans lequel il voit un attribut inhérent à la nature même de cette obligation protégeant le fait de possession quand il est licite (29). Et, si à l'encontre de Planiol, Demogue conteste le caractère spécifique de cette opposabilité universelle du droit réel (30), du moins en reconnaît-il l'exactitude générale au point de vue pratique (31). Certes, il arrive que certains droits personnels soient assortis d'une portée étendue, de même que l'opposabilité du droit réel se trouve parfois restreinte (cf. *infra*, N° 500). Ces atténuations à l'opposition tranchée entre les deux catégories n'empêchent pas celle-ci de répondre à une réalité pratique générale. Le droit réel est normalement doué d'une large opposabilité que ne comporte pas le droit personnel. Ce fait traduit, du reste, toute la signification sociale du droit réel dont la mission est de protéger une possession (32). Cette protection n'est assurée que si le droit s'oppose à tous.

---

(27) Cf. Aubry et Rau, *op. cit*, p. 73.
(28) Cf. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, II, N° 3, p. 3, N° 5, p. 6, etc... Hauriou, *Principes de droit public*.
(29) Cf. Planiol, I, N° 2160 et 2163.
(30) Demogue, *op. cit.*, notamment pp. 421, 422 et 440.
(31) *Op. cit.*, pp. 432 - 440.
(32) Cf. Planiol, I, N° 2164.

L'opposabilité générale du droit réel est donc le but d'une bonne police juridique visant à garantir le rôle social de ce droit.

Sans prendre directement parti dans la controverse entre classiques et personnalistes et en tenant compte même des opinions les plus extrêmes soutenues par ces derniers (33), on peut admettre, au moins comme vérité *de fait*, générale sinon absolue, la différence de portée entre droits réel et personnel. Pratiquement, les droits réels sont opposables à tous ; les droits personnels ne s'opposent généralement pas aux tiers et n'obligent qu'une ou plusieurs personnes déterminées ; ce fait est si vrai qu'il a influencé le législateur lui-même. Lorsque celui-ci, par exemple, a voulu définir l'hypothèque dont l'essence et toute la raison d'être sont de conférer un droit de préférence, garanti par un droit de suite, il n'a pas trouvé de qualification meilleure que celle de droit réel (art. 2114 du Code civil), cette expression comportant normalement, à ses yeux, les prérogatives recherchées.

498. — Ainsi réduite à son expression la plus prudente, cette conclusion présente un intérêt majeur pour l'étude de la subrogation réelle. Les droits de préférence et de suite qui expriment la large opposabilité dont le droit réel est normalement assorti, jouent un rôle primordial pour caractériser la force d'appréhension permise par ce droit. Il faut donc poser en principe que la subrogation réelle, pour répondre à son but, doit conserver ces attributs.

Il convient du reste, ici encore, d'apporter la réserve que nous avons analysée en étudiant la conservation du droit dans son contenu (cf. *supra*, N^{os} 493, 494 et 495). Cette réserve se justifie toujours par les mêmes raisons et doit s'entendre de la même façon. Les droits de préférence et de suite doivent être conservés dans la mesure où le bien nouveau en est susceptible selon la technique générale que la subrogation réelle ne saurait modifier. Si aucune de ces prérogatives marquant la force d'appréhension du bien ancien par le droit réel ne se retrouve sur le bien nouveau, on ne peut naturellement admettre la conservation de ce droit en tant que tel. Au contraire, si toutes ces prérogatives se retrouvent sur le bien nouveau, la subrogation réelle est facile à identifier. Lorsque enfin, ce qui peut se produire fréquemment, certaines de ces

(33) Cf. Demogue, *op. cit.*, notamment p. 440. Cet auteur remarque que l'opposabilité aux tiers n'est pas exclue par la notion de droit personnel qui la comporte du reste parfois. De même, l'opposabilité du droit réel peut se trouver restreinte. Demogue en arrive à contester la division des droits en deux catégories et à parler simplement de droits à contenu plus ou moins fort. Rapp. Planiol et Ripert, *op. cit*, N^{os} 44 et 45.

prérogatives ne sont pas transmises, le droit réel peut être considéré comme conservé, dans son mode d'exercice et dans sa force d'appréhension, si toutes les prérogatives caractérisant ce droit sur le bien nouveau, selon la technique générale, subsistent effectivement sur ce bien (comp. *supra*, N° 495). Ainsi, lorsqu'un meuble a remplacé un immeuble entre les mains d'un possesseur, la revendication du meuble par le propriétaire, en vertu de la subrogation réelle, s'exerce par préférence aux créanciers du possesseur ; mais le droit de suite ne pourra éventuellement être reconnu au propriétaire sur ce meuble que dans la mesure permise par l'article 2279 du Code civil. Cette restriction à l'étendue de l'opposabilité du droit réel sur le bien nouveau n'est pas incompatible avec la subrogation réelle dans toute la mesure où le revendiquant jouit, d'autre part, de toutes les prérogatives reconnues par le droit commun au propriétaire de meubles (33 bis).

Cette précision étant rappelée, le principe de la conservation du droit, dans sa portée, s'impose logiquement. Si le bien ancien ne pouvait être appréhendé que par un droit de créance obligatoire pour le débiteur et inopposable aux tiers, la subrogation réelle ne saurait conduire qu'à une appréhension de même force sur le bien nouveau. A la vérité, il ne risque guère d'en être autrement en pratique. La portée restreinte du droit de créance n'est pas exposée à s'étendre d'elle-même en passant sur le bien nouveau. Il n'y a pas de danger que le créancier d'un corps certain, par exemple, devienne automatiquement titulaire sur un bien nouveau remplaçant l'ancien, d'un droit aussi largement opposable aux tiers que l'est un droit réel. La conservation du droit personnel, en tant que tel, n'est pratiquement guère menacée à cet égard. Il en va tout autrement de la conservation du droit réel. Il n'est pas exclu que la large opposabilité, dont celui-ci est doué, se restreigne par le fait du changement d'objet. Il en est ainsi lorsque le droit réel dégénère en droit de créance. La mission de la subrogation réelle est d'éviter cette dégénérescence qui annihilerait la force avec laquelle le bien ancien était appréhendé. La subrogation réelle doit donc essentiellement conserver le droit de préférence et le

---

(33 bis) La restitution est, du reste, plus théorique que pratique, car lorsque la subrogation réelle s'accomplit, le droit de suite sur l'immeuble avait précisément disparu pour une raison quelconque au regard, du moins, de l'aliénation entraînant la fluctuation (cf. *supra*, N° 192 et suivants). Il existait seulement, en principe, à l'égard d'autres aliénations possibles mais non réalisées, c'est-à-dire en quelque sorte à titre virtuel. C'est cette existence virtuelle qui se trouve atteinte par l'article 2279 du Code civil.

droit de suite, lorsque ceux-ci existaient sur le bien ancien. C'est à l'existence de ces deux prérogatives sur le bien nouveau qu'on peut reconnaître la subrogation. Et inversement la subrogation dans le droit réel admise, il faut en déduire l'existence de ces deux prérogatives sur le bien nouveau. Elle se présente comme la gardienne de l'opposabilité générale du droit réel.

499. — L'intérêt pratique de la subrogation réelle à cet égard ne saurait échapper. Les droits de suite et de préférence représentent les avantages du droit réel auxquels on est pratiquement le plus sensible. En les conservant au titulaire du droit, l'utilité de la subrogation réelle apparaît sans nul doute sous son jour le plus apprécié (34).

De ces deux avantages, le droit de suite est certainement celui qui, au regard de la subrogation réelle, a le moins l'occasion de se manifester. L'intérêt pratique de la subrogation réelle, en effet, apparaît surtout au regard de la fluctuation qui en constitue l'occasion nécessaire (cf. *supra*, N°s 91 et suiv.). Or, le droit de suite, de son côté, ne s'exerce qu'à propos d'une aliénation ; son effet est alors d'empêcher la fluctuation de se produire ; en ce sens, il est exclusif de la subrogation réelle (cf. *supra*, N°s 192 et suiv.). De sorte que l'intérêt pratique du droit de suite, comme conséquence de la subrogation réelle, ne peut s'apprécier qu'à propos d'une aliénation autre que celle à l'occasion de laquelle la subrogation est invoquée. Le droit de suite est, certes, un avantage appréciable conservé, en principe, par la subrogation réelle ; mais, il ne se manifeste que plus tard, à l'occasion d'une aliénation ultérieure et dans la mesure, naturellement, où la technique générale le permet (cf. *supra*, N° 498).

La conservation du droit de préférence met, au contraire en lumière, sans restriction, l'utilité primordiale de la subrogation réelle. C'est à lui, par exemple, que se ramène pratiquement l'intérêt de la subrogation réelle dans la revendication. Grâce à la subrogation, le revendiquant oppose son droit aux tiers et notamment aux créanciers du possesseur ou du détenteur, au concours desquels il serait astreint, s'il en était réduit à un simple droit de créance. Cette utilité de la subrogation réelle se manifeste fréquemment puisque les « restitutions », comme l'ont souligné les auteurs modernes, constituent l'un des groupes de cas les plus nombreux où la subrogation est appelée à jouer (cf. *supra*, N°s 28 et suiv.). Mais l'avantage de la « réalité » ainsi conservée, ne se borne pas au droit de propriété. La possibilité pour

(34) Comp. par exemple, en matière de régimes matrimoniaux, Ripert et Boulanger, III, N° 663.

l'usufruitier, par exemple, d'opposer son droit à quiconque et de le défendre lui-même, soit sur le plan possessoire par la complainte, soit sur le plan pétitoire, comme défendeur ou en intentant l'action réelle confessoire (35), présente une supériorité marquante sur l'obligation dans laquelle se trouve le preneur à bail d'appeler en cause son bailleur, conformément à l'article 1727 du Code civil, dès qu'il est troublé par quelqu'un prétendant avoir un droit sur la chose louée. La conservation de cette supériorité entre dans la mission naturelle de la subrogation réelle à l'égard de l'usufruit. L'étendue du droit de préférence à conserver, permet même, dans certains cas complexes, de préciser le rôle imparti à la subrogation réelle. Ainsi, il est à peine besoin de souligner que la conservation du droit de préférence constitue le but et l'intérêt essentiels de la subrogation dans le jeu des sûretés réelles. Lorsqu'un certain ordre existait, sur un immeuble grevé d'hypothèques, entre les créanciers du débiteur, cet ordre doit être conservé sur l'immeuble nouveau remplaçant éventuellement l'ancien. Ce n'est pas dans un autre dessein que cette sorte de subrogation réelle est parfois prévue (36). Mais il se peut qu'au moment où il est ainsi subrogé, l'immeuble nouveau soit déjà grevé d'autres hypothèques, nées du chef de son précédent propriétaire. La subrogation réelle ne saurait avoir pour mission, de faire primer ces hypothèques, quelle que soit leur date d'inscription, par celles transportées de l'ancien immeuble. Le rôle de la subrogation est de conserver un certain ordre, c'est-à-dire une certaine étendue d'opposabilité entre les créanciers du débiteur précédemment propriétaire du bien ancien, et non de créer une opposabilité au profit de ces créanciers contre ceux de l'ancien propriétaire de l'immeuble nouveau. La mission de la subrogation réelle rejoint ici la règle générale selon laquelle, sur un immeuble déterminé, les hypothèques nées du chef du précédent propriétaire priment celles nées du propriétaire suivant sans tenir compte des dates respectives d'inscription (37). L'étendue du droit de préférence à conserver indique ainsi, à la fois, l'intérêt pratique et la mesure de la subrogation réelle.

Le rôle fondamental de la subrogation réelle apparaît

---

(35) Cf. Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 815.

(36) Cf. par exemple, la loi du 26 octobre 1946, art. 35, sur la réparation des dommages de guerre ou la loi du 9 mars 1941, art. 27 et 28 sur les remembrements fonciers.

(37) Cf. Ripert et Boulanger, II, N° 3805 et suivants. En tout état de cause, la subrogation réelle devrait s'incliner devant cette règle générale en application du principe de subordination que nous avons déjà maintes fois mis en lumière, cf. *supra*, N° 480 et suivants, 493 et suivants, 498.

donc clairement au regard de la conservation du droit réel dans sa portée, c'est-à-dire dans l'étendue de son opposabilité. En ce sens, on peut déjà (v. aussi *infra*, N^os^ 502 et suiv. et 504 et suiv.) affirmer que la subrogation doit conserver le droit réel comme tel, c'est-à-dire comme doué, en principe, d'une opposabilité générale aux tiers, exprimée dans les droits de suite et de préférence, que ne comporte pas normalement le droit personnel.

500. — Une fois établie avec cette netteté, la conclusion doit malheureusement subir des retouches, sous peine de demeurer parfois simpliste. Il ne s'agit plus seulement ici de la réserve que nous avons dégagée sur un plan plus général et selon laquelle les droits de préférence et de suite, comme les autres prérogatives, ne peuvent se transporter que dans la mesure permise par la technique générale. Force est d'aller plus loin et de combiner cette remarque avec un fait évident et du reste amplement souligné par la doctrine (38) : l'opposabilité des droits réels peut se trouver restreinte alors que la portée des droits personnels est assez souvent étendue. Comment, parmi ces nuances, préciser la mission de la subrogation réelle.

Il faut certainement poser, en principe, que le droit doit être conservé avec la portée particulière qu'il avait sur le bien ancien, sauf à limiter ce principe par la subordination nécessaire de la conservation à la mesure permise ou exigée par la technique générale.

Par exemple, les restrictions parfois apportées par la technique générale, à l'opposabilité du droit réel, en raison de la nature du bien, qui en est l'objet, doivent demeurer propres à ce bien. Il s'ensuit que la subrogation réelle peut aussi bien entraîner une extension de l'opposabilité qu'une restriction. On a souvent signalé (39) que le droit de suite pouvait être enlevé au droit réel sans que celui-ci perde sa réalité ; il en est ainsi à l'égard des meubles corporels (art. 2279 du Code civil). Dans ces conditions, lorsqu'un immeuble remplace un meuble corporel, comme objet d'un droit réel, ce droit se trouve assorti d'un droit de suite éventuel qu'il ne comportait pas précédemment. La subrogation réelle entraîne donc une extension d'opposabilité imposée par la technique générale en raison de la nature physique du meuble. Cette modification demeure dans le cadre de la remarque générale que nous avons faite (cf. *supra*, N° 498).

Mais lorsqu'une telle modification ne s'impose pas selon

(38) Cf. notamment Demogue, *op. cit.*, pp. 421 et suiv., Rigaud, *op. cit.*, p. 181.

(39) Demogue, *op. cit.* Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 45.

la technique générale, le rôle conservatoire de la subrogation réelle recouvre son empire : la portée du droit sur le bien ancien doit demeurer la même sur le bien nouveau et il ne suffit pas de considérer les droits de suite et de préférence en bloc comme attributs du droit réel, refusés au droit personnel, pour rendre compte de la mesure exacte de la portée à conserver. Ainsi, lorsqu'un droit de créance voit sa portée étendue dans une certaine mesure à l'égard des tiers, la subrogation doit conserver cette extension dans la même mesure. La doctrine n'a pas omis de souligner que le droit personnel peut être assorti d'un droit de suite ou d'un droit de préférence sans devenir pour autant un droit réel (40). Les exemples en sont assez nombreux ; et il faut admettre pour chacun d'eux que la subrogation réelle doit transmettre cette portée étendue du droit de créance. L'extension de portée peut concerner l'obligation ; il en est ainsi du droit du preneur à bail qui oblige l'acquéreur de l'immeuble, tout comme le bailleur primitif, dans les conditions prévues par l'article 1743 du Code civil (41). La subrogation réelle doit transporter cette extension de l'obligation à l'égard d'un tiers et dans la mesure permise par la technique générale, où elle existait relativement au bien ancien ; c'est-à-dire que la date certaine exigée pour lier un acquéreur éventuel de l'immeuble nouveau doit être celle du bail établi sur le bien ancien (cf. *infra*, N° 519). Rien ne s'oppose à une telle règle et elle est dans la logique des raisons qui appellent la subrogation réelle : l'extension de la portée du bail se trouve ainsi conservée dans la mesure exacte où elle fut établie sur le bien ancien et la force d'appréhension du droit du preneur demeure ce qu'elle était auparavant. Plus souvent, l'extension de portée concerne l'opposabilité du droit personnel. L'un des exemples les plus fréquemment cités à cet égard (42), concerne encore le droit du preneur à bail. L'article 684 du Code de procédure civile déclare les baux ayant acquis date certaine avant le commandement de payer, opposables aux créanciers saisissant l'immeuble loué. La subrogation réelle, dans le droit du preneur, doit logiquement conserver cette opposabilité, la date certaine acquise par le bail sur l'immeuble ancien valant à l'égard de l'immeuble nouveau. Dans le même ordre d'idées, la doctrine (43)

---

(40) Cf. Planiol et Ripert, III, N° 45.

(41) Cf. Demogue, *op .cit,* pp. 421 et 422, texte et notes ; Rigaud, *op. cit.*, p. 181, Planiol et Ripert, III, N° 45.

(42) Cf. notamment Demogue et Rigaud, *op. cit.*

(43) Demogue, *op. cit.*, Baudry-Lacantinerie et Whal, *Traité du louage,* N°s 137 et suivants ; Planiol et Ripert, III, N° 45, *in fine.*

et les arrêts (44) estiment que la règle *prior tempore potior jure* s'applique pour dirimer le conflit entre deux preneurs successifs d'un même immeuble, car la loi du dividende, édictée par l'article 2093 du Code civil, ne s'applique qu'aux créanciers de sommes d'argent. La subrogation réelle, ici encore, aurait éventuellement à maintenir sur un bien nouveau le degré d'opposabilité du bail transporté selon sa date sur l'immeuble ancien. Et c'est encore le même rôle qui échoit normalement à la subrogation réelle, à l'égard de l'opposabilité reconnue sur un plan plus général au droit personnel, en vertu de la théorie dite « des tiers complices ». Une jurisprudence remarquable a admis l'opposabilité aux tiers de certaines obligations contractuelles, sanctionnée par la responsabilité délictuelle des tiers, complices de leur violation (45). Dans la mesure où on applique un tel régime aux obligations visant l'obtention d'un bien (46), la subrogation devrait, sans nul doute, conserver l'opposabilité ainsi admise : par exemple, le tiers complice de la violation d'une obligation de livrer un corps certain subrogé au bien initialement dû, engagerait sa responsabilité délictuelle dans des conditions identiques (47).

La mission de la subrogation réelle peut ainsi se préciser parmi toutes les variations qui affectent la portée des différents droits. Là encore, cette détermination doit s'opérer, dans chaque cas particulier, en fonction du but justifiant la subrogation et des possibilités de la technique. Sur un plan général, on peut seulement énoncer que le degré d'étendue de l'opposabilité ou de l'obligation doit être conservé intact dans toute la mesure rendue possible par la technique.

Au demeurant, toutes ces variations démontrent que les portées respectives des droits réel et personnel ne fournissent pas un critérium sûr de distinction. L'opposabilité étendue à tous, notamment, n'est pas de l'essence du droit

---

(44) Req. 19 mai 1857, D. 1857, 1.367 ; Douai, 3 août 1870, D. 1871. 2. 115 ; Lyon, 30 juillet 1881, D. 1882. 2.232.

(45) Cf. P. Hugueney, *La responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle,* thèse Lyon, 1910.

(46) Ce régime concerne principalement les rapports issus du contrat de travail entre employeurs et employés. Cf. civ., 27 mai 1908, D. 1908, 1. 459 et aujourd'hui l'article 25 a du Code du travail (loi du 5 février 1932) ; rien ne s'oppose naturellement à son application à des obligations visant un bien : cf. des exemples dans Lepargneur, *Des effets à l'égard de l'ayant cause particulier des contrats générateurs d'obligations relatifs au bien transmis,* Rev. trimest. Dr. civ., 1924, p. 481 et suivantes.

(47) Sous la réserve pratique importante, toutefois, que les tiers risquent d'ignorer l'existence de l'obligation davantage sur le bien subrogé que sur le bien ancien. Cette considération est de nature à tempérer l'admission par la jurisprudence de la subrogation réelle à l'égard des tiers.

réel puisque celui-ci peut s'en trouver privé et que le droit personnel, de son côté, est parfois assorti de véritables droits de suite ou de préférence. Et il n'est guère surprenant qu'en se fondant sur ces constatations, des auteurs comme Demogue en soient arrivés à dénier toute valeur à l'opposition traditionnelle entre droits réel et personnel (48). A rester sur le terrain de la portée des droits, cette conclusion n'est pas sans pertinence. Elle est, certes, exagérée dans la mesure où elle risque de faire oublier qu'*en fait*, le droit réel est presque toujours universellement opposable et que seul ce caractère lui permet de remplir sa mission sociale (cf. *supra*, N° 497) alors que le droit personnel n'a qu'un effet relatif ; et cette vérité de fait est déjà fort importante pour l'étude de la subrogation réelle. Mais il reste qu'une telle vérité de fait ainsi entendue relève d'une vue superficielle et finalement confuse des choses. Si l'on garde comme critérium la portée des droits, la conclusion de Demogue paraît fondée pour l'essentiel. Et si, à cette remarque, on ajoute celle de Planiol affirmant la nature obligatoire du rapport juridique issu du droit réel (49), on est amené à douter que l'assertion, selon laquelle la subrogation réelle doit conserver les droits réel et personnel en tant que tels, ait une signification substantielle et rationnelle. Il est clair que l'étude de la subrogation réelle impose de supprimer une telle équivoque.

A la vérité, toutes les observations de Demogue par leur pertinence même, imposent l'idée que toute la discussion n'est pas correctement centrée. Quand on entreprend la comparaison rationnelle de deux notions, il importe, *avant* de déterminer la portée de ces notions, de rechercher en quoi elles consistent. Toute la discussion traditionnelle en cette matière mêle ces deux points de vue en accordant, du reste, la prépondérance à la portée. Peut-être une étude strictement limitée à la nature des deux notions conduirait-elle à des conclusions moins obscures et, par conséquent, moins contestées. La technique de la subrogation réelle s'en trouverait clarifiée d'autant. C'est pourquoi il nous faut essayer de préciser en quel sens on peut admettre la conservation des droits réel et personnel, considérés non plus dans leur portée mais dans leur nature.

II. — CONSERVATION DES DROITS REEL ET PERSONNEL, CONSIDERES DANS LEUR NATURE

501. — Pour savoir si cette conservation a un sens ou non, il importe de déterminer si, *indépendamment de l'éten-*

(48) Demogue, *op. cit.*, p. 440.
(49) Planiol, *op. cit.*, N° 2160.

due de leur portée, les droits réel et personnel expriment deux modes différents d'appréhension des choses. Ce problème se ramène exactement à rechercher si l'opposabilité et l'obligation (entendue dans le sens technique précis où l'entend le droit du patrimoine) constituent ou non deux techniques différentes. La solution doit être déterminée sans faire intervenir la portée à l'égard des tiers de l'une et de l'autre notion. Ainsi, comparant deux rapports de droits simples, il convient de se demander quelle différence sépare, au regard de la remise de la chose par exemple, la situation du propriétaire triomphant à l'action en revendication vis-à-vis du seul possesseur et celle du créancier d'un corps certain vis-à-vis du seul débiteur. De même, quelle différence oppose la situation du preneur vis-à-vis du seul bailleur à celle de l'usufruitier vis-à-vis du seul nu-propriétaire ? etc... A la question, ainsi strictement posée, on ne peut répondre qu'en invoquant des règles de droits précises sans se contenter d'expressions plus ou moins imagées. Existe-t-il des règles permettant de différencier les deux techniques d'appréhension ? Et si oui, quelles sont ces règles ? C'est seulement après avoir élucidé ce problème qu'on pourra savoir si la distinction des droits réel et personnel dans leur nature doit être retenue au regard de la subrogation réelle.

La doctrine n'ayant pas isolé et circonscrit aussi étroitement le problème, ne propose guère de solutions. L'affirmation classique selon laquelle le droit réel porte immédiatement sur la chose, alors que le droit personnel astreint le créancier à passer par l'intermédiaire du débiteur (50) ne saurait suffire, dans la mesure où elle n'indique pas les règles qui, indépendamment de toute portée à l'égard des tiers, lui servent de fondement. Les affirmations classiques se ramènent finalement à des expressions imagées. Pour apprécier leur exactitude, il faut rechercher la réalité normative qu'elles entendent exprimer. C'est sans doute cette insuffisance de précision qui a permis à Planiol une critique sévère de la thèse classique (51). Cet auteur, après avoir nié qu'une différence de nature sépare les droits réel et personnel, et analysé le droit réel (et en réalité l'opposabilité) en une obligation passive universelle (52), propose de caractériser celle-ci par son *objet :* elle ne peut imposer qu'une abstention (53). Ce premier critérium mérite l'examen. Il

(50) Cf. Aubry et Rau, II, par. 172, p. 72 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des Biens,* II, N° 3, p. 3, N° 5, p. 6.

(51) Cf. Planiol, *op. cit.* notamment N° 2159, texte et note 1.

(52) *Op. cit.,* N° 2160.

(53) *Op. cit.,* N° 2163, 2°. Planiol signale une autre différence caractéristique entre les deux types d'obligations ou si l'on préfère, entre l'opposabilité et l'obligation : la première s'impose à tous, la

n'est toutefois pas le seul. Autrement typiques nous paraissent devoir être les *sanctions* respectives de l'opposabilité et de l'obligation. Nous rechercherons, à ce double égard, la différence séparant les deux notions. Sa signification pour éclairer la technique de la subrogation réelle s'imposera alors d'elle-même.

A. — Conservation de l'opposabilité et de l'obligation caractérisées par leur objet

502. — Selon Planiol (54) l'un des caractères spécifiques de l'obligation passive universelle est de ne jamais imposer qu'une simple *abstention*. Au contraire, l'obligation restreinte qui forme le droit de créance permet d'exiger du débiteur un fait positif, une *prestation*. En ce sens, elle est plus énergique.

Une telle remarque, à supposer qu'elle soit exacte, serait suffisante à justifier le maintien de la distinction des droits réel et personnel au regard de la subrogation réelle. Elle traduit, en effet, des forces différentes d'appréhension des choses, réalisant d'une façon inégalement efficace la destination assignée à ces choses. La subrogation réelle doit donc logiquement conserver ces forces d'appréhension et, par conséquent, les droits réel et personnel en tant que tels. La comparaison des situations du preneur à bail et de l'usufruitier, par exemple, est significative à cet égard. Le nu propriétaire est seulement tenu de respecter le droit de l'usufruitier dans sa jouissance (art. 599 du Code civil) (55). Le bailleur, au contraire, doit *procurer* au preneur la jouissance paisible des lieux loués conformément à la destination de ceux-ci (cf. art. 1719, 3° du Code civil). Cette différence se marque notamment au moment de l'entrée en jouissance. Le nu propriétaire doit *laisser* l'usufruitier entrer par lui-même en jouissance (56). Si celui-ci éprouve quelque difficulté à y parvenir, il ne peut recourir au nu propriétaire pour exiger de lui une aide. En particulier, lorsque la chose grevée d'usufruit se trouve en mauvais état, l'usufruitier n'a le droit d'obtenir aucune réparation de la part du propriétaire (art. 600) (57). Au contraire, le bailleur est tenu de *délivrer* la chose louée ; on voit là une obligation de faire (58). De ce

---

seconde à un seul ou à quelques-uns. Cette différence concerne *la portée* des droits et à ce titre ne nous intéresse plus ici (cf. *supra*, N° 497, texte et note 29).

(54) *Op. cit.*

(55) Cf. Planiol et Ripert, III, par M. Picard, N^{s} 854.

(56) Comp. *op. cit.*, N° 855.

(57) Cf. *op. cit.*, N° 857.

(58) Planiol et Ripert, X, par B. Perreau, N° 502.

fait, si le preneur rencontre un obstacle quelconque dans l'entrée en jouissance, il peut en référer à son propriétaire et astreindre celui-ci à supprimer l'obstacle. Si cet obstacle vient d'un trouble, même de fait, le bailleur doit le faire cesser (59). Si l'obstacle vient du mauvais état des lieux le preneur peut exiger du bailleur la mise en état par toutes réparations propres à la réaliser (cf. art. 1720, al. 1er) (60). La différence se prolonge avec des nuances après l'entrée en jouissance. Alors que le preneur à bail peut exiger du bailleur l'exécution des grosses réparations (autres que celles réputées locatives : art. 1719, al. 2, 1720, al. 2, 1754 du Code civil), dans l'usufruit, la simple coexistence de deux droits réels sur la chose n'engendre pas, en principe, la possibilité pour l'usufruitier de contraindre le nu propriétaire à effectuer les grosses réparations mises pourtant à sa charge par l'art. 605 du Code civil (61).

La différence d'objets entre l'opposabilité et l'obligation étroitement entendue révèle donc des modes d'appréhension distincts des choses. Les situations du titulaire de droit réel et celle du créancier sont suffisamment distinctes pour que leur conservation en tant que telles éclaire la mission de la subrogation réelle. Et, à cet égard déjà, on peut estimer secondaire, pour notre propos, la remarque de Planiol sur la nature obligatoire du droit réel. Si l'obligation passive universelle et l'obligation ordinaire ont des objets aussi dissemblables correspondant à des situations de fait aussi inégales au regard de l'appréhension des choses, elles expriment bien deux techniques différentes que la subrogation réelle doit conserver avec leurs originalités respectives.

503. — Mais il faut aller plus loin. Distinguer l'opposabilité et l'obligation par leur objet, révèle des situations effectivement différentes dans un grand nombre de cas, dont la comparaison du bail et de l'usufruit vient de donner un exemple significatif. Mais on peut toutefois douter que cette distinction des deux techniques par leur objet traduise la différence de nature profonde et permanente entre obligation et opposabilité, ou, selon la terminologie de Planiol, entre l'obligation ordinaire et l'obligation passive. Bien des remarques, en effet, obscurcissent la comparaison précédente, qui ne peuvent manquer de se répercuter sur le concept de la subrogation réelle.

---

(59) *Op. cit.*, N° 502.
(60) *Op. cit.*, N° 505.
(61) Cf. Ripert et Boulanger, I, N° 3579 et 3580, Josserand note sous Paris, 27 juillet 1928, D. 29. 2. 1. v. aussi Req. 1er avril 1889, D. 91. 1. 415, S. 89. 1. 217, Req. 10 décembre 1900, D. 1901. 1. 209, note Guénée, S. 1904. 1. 36.

D'une part, on a fait remarquer que l'opposabilité du droit réel entraîne parfois des prestations positives. On cite à cet égard, le bornage et la clôture des propriétés auxquels sont tenus de procéder les propriétaires voisins (art. 646 et 663 du Code civil), ainsi que certaines prescriptions administratives protégeant la propriété en imposant des mesures particulières aux propriétaires (62). Ces actes positifs, il est vrai, sont exceptionnels. Ils ne suffisent pas moins à démontrer que l'abstention ne relève pas de la nature intime de l'opposabilité et du droit réel.

Cette conclusion, d'autre part, se confirme si l'on constate qu'à l'inverse, et beaucoup plus couramment, l'obligation peut très bien avoir pour objet une abstention. Les obligations de ne pas faire sont nombreuses. Et il est parfois difficile, en fait, de les distinguer des obligations de faire. C'est ce qui peut se produire précisément à propos des obligations concernant les biens matériels intéressant particulièrement la subrogation réelle. Ainsi, n'est-il pas quelque peu théorique de prétendre que le dépositaire, par exemple, doit, en tant que détenteur, *laisser* le propriétaire revendiquant reprendre la chose déposée, et *restituer* celle-ci à ce même propriétaire exerçant l'action personnelle ? Les situations sont tellement proches aux yeux de tous, que les auteurs modernes, dont Planiol (63) n'hésitent pas à parler « d'obligations de restitution » pour désigner l'ensemble des cas où la subrogation est appelée à jouer dans l'action en revendication (cf. *supra*, N^{os} 411 et suiv.). Et certains auteurs n'hésitent pas à présenter l'action en revendication comme le moyen, pour le créancier de corps certain, d'obtenir l'exécution forcée en nature de l'obligation de livrer (64). Le moins qu'on puisse dire est qu'en ce cas l'obligation et l'opposabilité, l'action personnelle et l'action réelle ont des objets jumeaux.

Les objets respectifs de l'obligation et de l'opposabilité, s'ils dégagent des différences fréquentes et pratiquement significatives entre les deux techniques, ne mettent pourtant pas en évidence le fondement véritable et irréductible de la distinction. Force est donc d'y ajouter un autre critérium. Planiol lui-même l'a parfaitement senti lorsque, reconnaissant que l'obligation, au sens étroit et habituel du terme, peut astreindre elle aussi à une simple abstention, il la différencie néanmoins de l'obligation passive universelle, c'est-à-dire de l'opposabilité, par son caractère patrimonial que ne comporte

(62) Planiol et Ripert, III, N° 44, 1°.
(63) Note D. 1902. 1. 33.
(64) Cf. Ripert et Boulanger, II, N° 1633, v. aussi, avec moins de netteté, Planiol, II, N° 173, 3°.

pas précisément l'opposabilité (65). Cette différence, du reste simplement énoncée par Planiol, ne vise plus l'objet de l'opposabilité et de l'obligation ; elle touche, en réalité, un autre élément distinctif : la sanction. Cet aspect de la distinction mérite une analyse particulière, car son incidence sur la mission conservatrice de la subrogation réelle ne saurait échapper.

B. — Conservation de l'opposabilité et de l'obligation caractérisées par leur sanction

504. — De même que le droit en général se distingue des autres disciplines, comme la morale ou la religion, par la nature de sa sanction (66), de même c'est encore cette sanction qui révèle les caractères techniques distinctifs de chaque règle juridique. Aussi bien, est-ce à cet élément primordial qu'il convient de se reporter lorsqu'on veut déterminer la nature technique véritable d'un mécanisme juridique. C'est sans doute faute de s'être suffisamment placées sur le plan normatif que les comparaisons controversées entre les droits réel et personnel n'ont prêté qu'une attention discrète à la sanction de chacune de ces deux techniques.

Planiol, pourtant, a évoqué une différence qui mérite l'attention (67). Alors même que l'obligation, au sens habituel du terme, ne vise qu'une abstention, elle se distingue de l'obligation passive universelle en ce qu'elle grève le patrimoine du débiteur et s'inscrit à son passif. Au contraire, l'obligation passive universelle, c'est-à-dire l'opposabilité, ne diminue les facultés légales de personne et n'est supportée par aucun patrimoine. Le droit réel, s'il constitue un élément d'actif dans le patrimoine de celui qui en bénéficie, ne comporte aucune contre-partie passive dans le patrimoine de ceux qui doivent le respecter.

Si l'on veut bien rechercher les règles précises qui justifient cette assertion, on est amené à découvrir des différences telles qu'il est permis de se demander s'il est juste de considérer ces deux techniques comme relevant de la même nature, et heureux de les désigner par le même mot « obligation ». C'est ce qu'il nous faut vérifier en étudiant successivement la règle et sa signification.

1°) *La règle.*

505. — A première vue, l'affirmation de Planiol peut surprendre. Le caractère patrimonial de l'obligation pour le

(65) Planiol, II, N° 2163, 2°.
(66) Cf. par exemple, Ripert et Boulanger, I, N°s 19 et 20.
(67) Cf. Planiol, I, N° 2163, 2°.

débiteur ne fait certes pas de doute. Il se marque par le fait que, dans le cas où le débiteur ne procède pas à l'exécution en nature, volontaire ou forcée, il est passible de dommages et intérêts compensatoires sur la base des articles 1146 et suivants du Code civil. Mais n'en va-t-il pas de même à l'égard de celui qui ne respecte pas le droit réel d'autrui ? La méconnaissance de l'opposabilité de ce droit réel est sanctionnée par la responsabilité délictuelle du contrevenant. Sans doute, la base technique n'est pas la même, puisqu'elle se trouve dans les articles 1382 et suivants du Code civil. Mais elle aboutit, elle aussi, au paiement de dommages et intérêts. Comment dire, dans ces conditions, que l'opposabilité ne grève pas le passif du patrimoine de celui qui doit la respecter ? L'obligation passive universelle, comme l'obligation ordinaire, a une sanction pécuniaire.

Une différence fondamentale existe toutefois entre les deux sanctions précédentes. Le paiement par le débiteur de dommages et intérêts contractuels à son créancier a un effet *libératoire*. L'obligation est exécutée par équivalent, le versement d'une somme d'argent apparaissant comme une sorte de « dénominateur commun » à toutes les prestations ou abstentions que le débiteur peut devoir. Deux idées dominent le rôle des dommages et intérêts contractuels compensatoires : celle de *réparation* du préjudice causé au créancier par l'inexécution de l'obligation (art. 1149 et suiv. du Code civil) (68) et celle *d'exécution* par équivalent de cette obligation qui ne peut, par suite, se cumuler avec l'obligation en nature (68 bis) : les dommages et intérêts valent paiement, ils « résolvent » l'obligation (comp. les termes de l'art. 1142 du Code civil). Au contraire, les dommages et intérêts délictuels, alloués au titulaire d'un droit réel dont l'opposabilité est méconnue, n'éteignent pas cette opposabilité qui subsiste. Le versement de ces dommages et intérêts a bien un effet extinctif, mais à l'égard seulement d'une obligation précise : celle née de la faute. L'extinction ne saurait atteindre l'opposabilité, ou, si l'on veut, l'obligation passive universelle, qui subsiste tant qu'un droit réel quelconque existe sur la chose, c'est-à-dire pratiquement aussi longtemps que cette chose elle-même.

Sans doute, l'exécution en nature de l'obligation, au sens restreint traditionnel, doit-elle être recherchée dans toute la mesure du possible. L'article 1144 du Code civil répond à ce désir en permettant au créancier de se faire autoriser par le juge à exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. Et la pratique jurisprudentielle des astreintes, de

(68) Cf. Planiol, II, N^{os} 228, 247 et suivants
(68 bis) *Op. cit*, N° 257.

son côté, n'a pas d'autre but. Mais il ne s'agit là que de procédés tendant à l'exécution forcée en nature. Le premier n'est du reste pas réalisable dans tous les cas. Et une règle beaucoup plus générale demeure à cet égard, qui apporte aux possibilités juridiques de l'exécution forcée en nature une limite exprimée par l'adage : « *Nemo praecise cogi potest ad factum* », aujourd'hui reprise par l'article 1142 du Code civil. En toute hypothèse, quelle que soit la portée reconnue à ce principe, lorsque pour une raison quelconque, entrant dans le cadre des limites ainsi tracées, l'exécution en nature ne peut être obtenue, elle est remplacée par l'exécution par équivalent, c'est-à-dire par le versement d'une somme d'argent qui, à défaut d'exécution en nature, éteint l'obligation. Planiol en est même arrivé à conclure que « chacun est libre de refuser l'exécution de ses obligations, sauf les conséquences pécuniaires que ce refus peut avoir pour lui » (69). Et si MM. Ripert et Boulanger ne reprennent pas cette formule, il n'en reconnaissent pas moins avec Planiol qu'il est inutile de contraindre le débiteur à l'exécution en nature alors qu'il est facile de donner en argent une satisfaction équivalente au créancier (70). Ces formules sont peut-être excessives dans la mesure où elles paraissent laisser à l'exécution forcée en nature un champ bien étroit. A cet égard, la règle de l'article 1142 du Code civil ne doit pas être prise trop à la lettre : le bon sens même invite à rechercher l'exécution en nature avant de se contenter de l'exécution par équivalent, simple pis aller. Mais l'article 1142 ne règle pas qu'une question du domaine de l'exécution en nature. Il pose un autre principe beaucoup plus important pour distinguer, sur le plan technique, l'obligation de l'opposabilité : lorsqu'à défaut d'exécution en nature le créancier obtient des dommages et intérêts compensatoires, la prestation de cette somme d'argent *résout* l'obligation. Telle est la règle sur laquelle on tombe d'accord et c'est elle qui importe.

Sans doute aussi, ce régime ne s'applique-t-il, selon les termes mêmes de l'article 1142 du Code civil, qu'aux obligations de faire et de ne pas faire. Mais ce sont précisément celles qui intéressent particulièrement la distinction des droits réel et personnel puisque l'opposabilité du droit réel se ramène, presque toujours, à une abstention et, à la rigueur, à un fait positif (cf. *supra,* N° 502). Il suffit, au surplus, de se reporter aux obligations autres que celles de faire et de ne pas faire pour se rendre compte qu'elles sont ou hors du débat, ou assimilables aux précédentes. Ces autres obligations sont celles visant la prestation d'une somme d'argent

(69) *Op. cit.*, N° 173.
(70) Cf. Ripert et Boulanger, II, N° 1641.

ou la livraison d'un corps certain (71). Les obligations de somme d'argent sont évidemment celles pour lesquelles l'exécution par équivalent ne se conçoit pas, puisque le versement d'une somme d'argent est précisément la prestation commune, irréductible, à laquelle se ramènent éventuellement toutes les autres. Lorsque l'objet principal de l'obligation est justement cette prestation, aucun autre équivalent plus facile à obtenir ne se conçoit. L'obligation de somme d'argent s'exécute en elle-même par la mise en œuvre des saisies. Quant à l'obligation de livrer un corps certain (72), les auteurs prétendent bien qu'elle s'exécute en nature. Mais le moyen qu'ils invoquent pour parvenir à ce résultat est précisément le fait que le créancier est alors en même temps titulaire d'un droit réel sur le bien réclamé ; et c'est par son action réelle qu'il parvient à obtenir l'objet même de sa créance (73). C'est ce que certains auteurs expriment par une affirmation générale selon laquelle, l'exécution forcée en nature n'étant pas laissée à la discrétion des particuliers, « l'exécution directe peut être assurée par le juge lorsque celui qui la réclame dispose d'une action sanctionnant *un droit autre qu'un droit de créance*. Par exemple, si le créancier est propriétaire de la chose qui devait lui être restitué et exerce la revendication ou l'action possessoire » (74). Ce recours au droit réel pour parvenir à l'exécution en nature de l'obligation de livrer, souligne précisément l'impossibilité de cette exécution sur le seul terrain du droit personnel. A cet égard, en tout cas, la question demeure entière. Et sa solution est la même que pour les autres obligations. Le débiteur qui se refuse à exécuter en nature peut être condamné à des dommages et intérêts qui éteignent cette obligation, le créancier ne gardant plus que son action réelle. La solution est du reste normale, car l'obligation de livrer est par elle-même une obligation de faire.

Il faut donc reconnaître une portée très large à la règle de l'article 1142 du Code civil, du moins en ce qui concerne l'effet résolutoire des dommages et intérêts. Quelles que soient les possibilités de fait et de droit, plus ou moins étendues, de l'exécution en nature, lorsque pour une raison quelconque, autre qu'un fait libératoire, celle-ci n'a pas lieu,

---

(71) Cf. Planiol, II, N° 173 ; Ripert et Boulanger, N°s 1633, 1635 et suivants.

(72) Les droits réels se transférant par le seul effet de la convention, les obligations de donner sont presque toujours exécutées par le fait même de cette convention et se ramènent à des obligations de livrer. Cf. Planiol, II, N° 173. 2°.

(73) Planiol, *Op. cit.*, N° 173, 3°, et Ripert et Boulanger, II, N° 1633.

(74) Ripert et Boulanger, II, N° 1638.

le versement de dommages et intérêts qui s'ensuit éteint l'obligation. Ce versement est une véritable exécution de l'obligation. Cet effet extinctif ne se conçoit pas à l'égard de l'opposabilité. La sanction de la responsabilité délictuelle du contrevenant, n'a pas la même portée que les dommages et intérêts compensatoires en matière d'obligation. Et, alors même que la contrainte du débiteur serait poussée très loin pour obtenir l'exécution en nature, la possibilité ultime et toujours latente d'une exécution par équivalent, distingue essentiellement l'obligation de l'opposabilité. Autrement dit : *l'obligation au sens classique peut s'exécuter par équivalent à défaut d'exécution en nature ; l'opposabilité (ou si l'on veut l'obligation passive universelle dont parle Planiol) ne peut s'exécuter qu'en nature.*

506. — Il est facile d'illustrer cette règle générale par des exemples.

Comme nous l'avons déjà remarqué au passage (cf. *supra*, N° 508 texte et notes 73 et 74), la différence des situations du débiteur d'une obligation de livrer au regard de l'action personnelle ou de l'action réelle intentée contre lui est fort sensible. Le dépositaire, par exemple, se dérobant à son obligation contractuelle de restitution, peut être condamné à des dommages et intérêts compensatoires envers le créancier. Ces dommages et intérêts éteindront l'obligation du dépositaire et l'action personnelle du déposant, mais non l'action réelle que celui-ci conserve tant que la chose déposée n'est pas passée entre les mains d'un tiers acquéreur de bonne foi. Le droit réel survit ainsi au droit de créance et cette pérennité plus grande n'est pas sa moindre supériorité. Mais la possession même du droit réel par le créancier rend l'hypothèse précédente assez théorique, le dépositaire ne se bornant pratiquement pas à intenter l'action personnelle en restitution. La différence entre les deux techniques n'en apparaît pas moins de façon très significative.

Elle l'est peut-être encore plus si l'on compare les situations du preneur à bail et de l'usufruitier au regard de leur entrée en jouissance (75). Si le bailleur n'exécute pas son obligation de délivrance, certains auteurs admettent que le preneur obtienne l'entrée en jouissance d'une décision de justice en se fondant sur l'article 1144 du Code civil (76).

---

(75) Pour la distinction, par leur objet, des droits du preneur et de l'usufruitier, cf. *supra*, N° 502.

(76) Cf. Planiol et Ripert, X, par B. Perreau, N^{os} 502 et 503. Une telle solution serait difficilement admissible dans le cas où elle aboutirait à une contrainte de la personne du débiteur s'opposant personnellement à l'entrée en possession. En un tel cas, il faudrait sans doute en revenir à la règle générale en matière d'obligation de faire : le débiteur devrait pouvoir se libérer par une exécution par équi-

Dans la mesure où une telle exécution forcée en nature ne serait pas obtenue, la défaillance du bailleur se traduirait, sauf fait libératoire, par une condamnation à des dommages et intérêts. Par le paiement de ces dommages et intérêts, le bailleur se trouverait libéré. Cette possibilité de résoudre, de la sorte, les liens unissant le preneur au bailleur ne trouve aucune analogie en matière d'usufruit. Le nu propriétaire qui s'opposerait à l'entrée en jouissance de l'usufruitier, commettrait une faute l'exposant, certes, à payer, lui aussi, des dommages et intérêts ; mais ceux-ci, alloués sur la base des articles 1382 et suivants du Code civil, ne le dispenseraient aucunement de continuer à respecter le droit d'usufruit. Ce droit lui demeurerait opposable, comme du reste à quiconque. L'opposabilité de l'usufruit ne trouve aucun équivalent dans la prestation pécuniaire qui éventuellement la sanctionne ; l'obligation du bailleur trouve cet équivalent dans le pis aller des dommages et intérêts compensatoires.

507. — L'opposabilité et l'obligation représentent donc bien deux techniques différentes au regard de leur sanction. L'obligation s'exécute de préférence en nature et à défaut par une prestation de somme d'argent. L'opposabilité ne s'exécute qu'en nature ; sa sanction par la responsabilité délictuelle du contrevenant ne vaut jamais exécution par équivalent. Cette sanction est en quelque sorte marginale, en ce sens que, représentant un simple aspect de la responsabilité délictuelle, elle laisse subsister l'opposabilité dans toute son intégrité. Cette différence paraît justifier, sur le plan des règles techniques, l'affirmation de Planiol selon laquelle l'obligation, au sens classique, grève le passif du patrimoine du débiteur, alors que l'obligation passive universelle ne grève pas le patrimoine de ceux à qui elle s'impose. Si l'on veut, l'obligation passive universelle est passive par son objet (cf. *supra*, N° 502) mais non par l'incidence patrimoniale de sa sanction. L'obligation classique peut, en effet, être considérée comme un élément de passif dans le patrimoine du débiteur dans la mesure où elle se ramène, le cas échéant, à une prestation irréductible de somme d'argent. Autrement dit, le débiteur en répond, en dernière analyse, sur son patrimoine chargé de faire face à cette *prestation*. L'obligation passive universelle, c'est-à-dire l'opposabilité, ne se ramène pas par elle-même à une prestation patrimoniale, puisque toute prestation de cette nature, appelée à la sanctionner, ne

---

valent en supportant toutes les conséquences pécuniaires de son attitude.

Comp. *supra*, N° 505 et Planiol, II, N° 173, 4°, Ripert et Boulanger, I, N° 1638.

lui tient pas lieu d'équivalent. En ce sens, elle ne figure pas, en elle-même, dans le passif du patrimoine du débiteur.

Au regard de leurs sanctions respectives, la distinction entre l'opposabilité et l'obligation correspond donc à une différence précise et substantielle. Ces deux mots traduisent bien deux réalités techniques différentes. Telle étant la règle positive, il convient d'en apprécier la signification.

2°) *Signification de la règle.*

508. — La signification de la règle précédente nous intéresse surtout, ici, au regard de la subrogation réelle. Il n'est pourtant possible de bien comprendre cet aspect du problème que si on en examine d'abord l'incidence au regard de la distinction des droits réel et personnel.

a) *Signification au regard de la distinction des droits réel et personnel.*

509. — La différence technique de nature entre l'opposabilité et l'obligation telle qu'elle nous a paru pouvoir se préciser par l'analyse des sanctions, révèle toute la signification de la distinction traditionnelle des droits réel et personnel. Le droit réel n'est jamais qu'*opposable* à autrui ; le droit personnel se caractérise essentiellement par le fait qu'il est *obligatoire* pour une ou plusieurs personnes.

Cette différence fondamentale étant posée, toutes les variantes que nous avons relevées dans les portées des deux catégories de droits (*supra*, N° 500) paraissent pouvoir se concilier avec le maintien de la distinction classique. L'étendue de l'opposabilité du droit réel peut se trouver restreinte par la perte du droit de suite (par exemple, sur les meubles corporels) ; le droit réel n'en conserve pas moins sa nature qui est de demeurer seulement opposable sans devenir obligatoire. A l'inverse, on conçoit fort bien qu'un droit personnel, tout en demeurant obligatoire pour un ou plusieurs débiteurs déterminés, soit, en outre, opposable à d'autres personnes. Ainsi les exemples que nous avons précédemment cités (*supra*, N° 500) où un droit de créance s'oppose aux tiers, ne suppriment pas la nature personnelle de ce droit dans toute la mesure où celui-ci, en plus de son opposabilité, comporte une obligation pour certains débiteurs.

Ainsi, le sens normatif que nous proposons d'attribuer aux mots « opposabilité » et « obligation » nous paraît fournir un critérium précis pour distinguer essentiellement un droit réel d'un droit personnel. Le droit du preneur à bail, par exemple, malgré son opposabilité particulièrement étendue (cf. *supra*, N° 500), nous paraît devoir être qualifié de

droit personnel dans la mesure, à la vérité essentielle, où le bailleur est *obligé* au sens que nous avons dégagé (cf. *supra*, N° 506). Et en ce sens, il semble plus correct d'éviter de dire avec la doctrine courante, que le preneur *oppose* son droit à l'acquéreur de l'immeuble dans les conditions fixées par l'article 1743 du Code civil) (77). Il ne s'agit pas là d'une « opposabilité » mais d'une « obligation » à effet exceptionnellement étendu : l'acquéreur est effectivement *obligé* envers le preneur dans les mêmes conditions que l'était le bailleur primitif (78). Cette obligation est précisément le critérium qui permet de voir dans le droit du preneur un droit personnel.

Cette explication nous semble donc présenter quelque utilité pour contribuer à éclairer la classification traditionnelle. Les jeux combinés de l'opposabilité plus ou moins vaste, s'adjoignant ou non à une obligation d'une portée elle-même plus ou moins étendue, ne paraissent pas devoir obscurcir, au point de vue rationnel et technique, la différence de nature entre l'opposabilité et l'obligation elles-mêmes, et, par conséquent, la distinction classique des droits réel et personnel. A ce point de vue, la distinction nous semble donc devoir être maintenue puisqu'elle répond à une réalité technique.

510. — Le fondement technique ainsi reconnu à la classification rend un compte également fidèle des significations sociales respectives des droits personnel et réel.

La possibilité toujours latente de l'exécution d'une obligation par équivalent, c'est-à-dire par une prestation pécuniaire, souligne que la situation qu'elle recouvre est une affaire principalement *privée*. Les rapports juridiques, issus du droit personnel dont la nature technique profonde se ramène à cette notion d'obligation ainsi entendue, intéressent le créancier et le débiteur. Sans doute, la sanction publique est-elle accordée au créancier pour lui permettre d'obtenir l'exécution en nature. Mais cette sanction n'est pas accordée sans réserve (cf. *supra*, N° 505, texte et notes 69 et 70). Et lorsque, pour une raison quelconque, elle n'a pas lieu, la libération du débiteur qui désintéresse le créancier en argent montre bien que la situation ainsi dénouée intéresse au fond ces seules personnes. C'est pourquoi il est normal que l'obligation ait un effet relatif. En pratique, il n'est guère concevable que de tels liens unissent le créancier avec tout

(77) Cf. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, pp. 421 et 422 ; Rigaud. *Op. cit.*, 181 ; Planiol et Ripert, X, par B. Perreau, N°s 546 et suivants. Ripert et Boulanger, I, N° 2607.

(78) Cf. Planiol et Ripert, *Op. cit.*, N° 548, p. 672.

le monde. Techniquement, l'obligation pourrait être très étendue. Socialement, une extension absolue est insensée, voire impossible.

Toute autre est la signification de l'opposabilité qui, seule, assortit le droit réel. L'impossibilité pour les personnes tenues de la respecter de se tirer de cette situation par le versement d'une somme d'argent, reflète bien l'intérêt public qui s'attache au respect des droits réels. L'opposabilité est la technique exactement adaptée à la protection sociale du fait de possession sur lequel précisément Planiol insiste (79). Et il n'est pas sans enseignement de remarquer que la protection de la vie, de la liberté, de l'honneur, de la santé des personnes est assurée par cette même technique de l'opposabilité. On parle alors généralement « d'obligations légales opposables à tous » (80). Le mot « obligation » est ici employé dans son sens moral général de devoir, mais non dans le sens technique qui nous paraîtrait s'imposer. A cet égard, ce mot « obligation » paraît aussi peu heureux que le mot « opposabilité » appliqué à l'effet du bail contre l'acquéreur de l'immeuble (cf. *supra*, N° 509). La vie, la santé, l'honneur sont opposables au sens technique du terme, dans la mesure où leur méconnaissance est sanctionnée civilement par la responsabilité délictuelle du contrevenant et où aucune libération par des dommages et intérêts ne se conçoit. Comme on l'a justement remarqué, la vie, l'honneur sont des biens garantis de la même façon que la propriété des choses (81). C'est, en effet, la même technique qu'on retrouve à l'égard des droits réels. La pérennité qu'elle confère à la garantie de tous ces droits correspond exactement au rôle social imparti à cette garantie. Et il entre dans la logique de ce même rôle social de conférer une portée étendue à l'opposabilité. Le titulaire de droit réel ne voit sa possession efficacement garantie que si son droit s'oppose à tous. Mais cette portée étendue, contrairement à la durée, relève de considérations plus sociales que techniques. Elle est imposée beaucoup moins par le concept de l'opposabilité que par la mission du droit réel. C'est pourquoi des variations peuvent exceptionnellement affecter l'opposabilité sans altérer la notion même de celle-ci et par conséquent celle de droit réel (cf. *supra*, N° 509). Il reste qu'une opposabilité relativement étendue doublant une obligation, rapproche *socialement* le droit personnel qui en est l'expression active, du droit réel, sans le confondre essentiellement avec lui. La remarque vaut pour

(79) Cf. Planiol, I, N^{os} 2160 et 2164.
(80) Cf. Planiol, I, N° 2161, et Planiol et Ripert, III, par M. Picard, N° 44, 3°.
(81) *Op. cit.*

la théorie dite « des tiers complices » par laquelle la jurisprudence applique la technique habituelle de l'opposabilité aux obligations issues de certains contrats (cf. *supra,* N° 500 texte et notes 45 et 46). La remarque vaut aussi notamment pour le cas si discuté du droit du preneur à bail (82). Il est bien vrai que l'opposabilité aux tiers dont ce droit se trouve doué (83) le rapproche socialement du droit réel. Son évolution en ce sens est même remarquable. Mais il nous paraît devoir continuer à être qualifié de droit personnel tant qu'il emportera une obligation au sens technique que nous avons indiqué, c'est-à-dire tant qu'il comportera pour le bailleur les sanctions de l'obligation qui sont incompatibles avec le droit réel (cf. *supra,* N°s 506 et 509).

Ainsi, la distinction des droits réel et personnel, une fois fondée sur la différence technique entre l'opposabilité et l'obligation, paraît bien pouvoir être justifiée en droit et en fait malgré les variations dans les portées respectives des deux droits qui ont tant servi d'argument contre elle.

511. — Si l'on admet ce fondement technique précis, reconnu à la distinction des droits réel et personnel, il reste à se demander si les explications et la terminologie classiques en rendent un compte fidèle ou si, au contraire, la critique que Planiol leur a adressée ne doit pas être retenue. Sans doute, cette question concerne plus la controverse traditionnelle que la théorie de la subrogation réelle. Il est pourtant utile de l'éclairer quelque peu dès lors qu'on recherche si la mission de la subrogation réelle a précisément un sens au regard de cette distinction entre les deux sortes de droits.

La différence signalée par Planiol lui-même entre l'obligation ordinaire, élément de passif dans le patrimoine du débiteur, et l'obligation passive universelle, charge non patrimoniale (cf. *supra,* N° 504), trahit en réalité l'existence de deux techniques différentes d'appréhension des biens. Dès lors, est-il heureux de qualifier l'opposabilité d'obligation, fût-elle passive universelle (84) ? Les caractères passifs et universel concernent l'objet et la portée de l'opposabilité ; nous avons vu qu'ils sont insuffisants à justifier une différence profonde de nature (cf. *supra,* N°s 500 et 503). Reste la nature même de l'obligation. C'est précisément sur ce point que, malgré la différence technique précédemment signalée,

---

(82) Cf. Demogue, *op. cit,* pp. 421, 422 et 440 ; Planiol et Ripert, X, N°s 546 et suivants.

(83) V. les exemples de cette opposabilité, *supra,* N° 500. On peut y ajouter le bénéfice de la réintégrande accordé par la jurisprudence au locataire ou au fermier. Cf. Planiol et Ripert, III. 207.

(84) Planiol ne conteste pas l'assimilation de l'obligation passive universelle et de l'opposabilité : cf. I, N° 2163, 1°.

Planiol affirme une identité essentielle. Et il la justifie par le fait que tout droit étant un rapport entre des personnes, le droit réel ne saurait porter directement sur une chose, et ne peut unir que des personnes (85). Cette vérité est d'une telle évidence qu'on est amené à se demandr si des auteurs comme Baudry-Lacantinerie qui ont, certes, employé des expressions quelque peu imagées (86), ont pu la méconnaître. Dans la querelle de mots qu'elle leur cherche (87), la thèse personnaliste oppose-t-elle une définition plus solide ? Est-il judicieux d'exprimer le fait que le droit réel, comme tout autre, crée un rapport entre des personnes, par la conclusion que ce « rapport est d'ordre obligatoire, de la même nature que les obligations proprement dites » ? Il est permis d'en douter. La discussion sur la nature des droits réel et personnel, soulève, en effet, une question de technique juridique. Il faut donc employer les mots dans un sens technique précis. A ce point de vue, il importe beaucoup moins de relever qu'un droit crée toujours un lien entre des personnes (remarque plus philosophique que juridique et de surcroît évidente) que de rechercher *comment* ce droit permet, à l'égard de ces personnes, d'appréhender tel ou tel bien. Telle est la question technique, la seule qui présente quelque intérêt. Pour y répondre, il faut déterminer si le droit réel et le droit personnel représentent deux modes différents d'appréhension des biens. Or, la différence apparaît clairement si on met en lumière la notion d'opposabilité et celle d'obligation qui se distinguent profondément par leur sanction. L'emploi de deux mots distincts pour désigner ces deux réalités techniques différentes s'impose donc rationnellement. En qualifiant l'opposabilité *d'obligation* passive universelle, Planiol applique, au contraire, le même mot pour désigner ces deux réalités. Par suite, il est fatalement condamné à jouer sur ce mot en l'employant tantôt dans son sens général extra-juridique de devoir (il en est ainsi chaque fois qu'il entend désigner en réalité l'opposabilité (cf. *supra*, N° 510 texte et notes 80 et 81), tantôt dans son sens technique précis qui est justement son sens classique (88). Refuser de distinguer l'opposabilité

(85) Cf. Planiol, I, N°s 2159 et 2160.

(86) Cf. Baudry-Lacantinerie, Précis, 12e édition, I, p. 610.

(87) Car le concept et le langage sont tellement liés, qu'une notion est indissociable de la définition qu'on en donne. C'est pourquoi Planiol invite avec tant de force à « combattre sans répit cette fausse formule (la formule classique), à l'aide de laquelle on a répandu mainte erreur ». Cf. I, N° 2159, note I (12e édition).

(88) Que l'on remarque combien la terminologie de Planiol, sur ce point, contraint à des précautions et à des alourdissements, tant qu'on ne l'a pas rejetée. Il faut parler d'obligation passive universelle, et d'obligation au sens traditionnnel, classique, habituel, etc... Cf. par ex., *supra*, N°s 504, 505, 507, etc...

et l'obligation conduit sur le plan technique, à la confusion que la thèse classique avait au moins le mérite d'éviter.

Les explications de celle-ci sont-elles pour autant exactes ? Sans doute, les auteurs classiques se sont-ils trop bornés à des images aussi sommaires qu'expressives. Mais toute la question est de savoir si ces images reflètent fidèlement la réalité. Elles rendent certainement compte des apparences en traduisant les portées habituelles des deux droits : montrer « le propriétaire ou l'usufruitier, seul en possession de son bien, que tout le monde laisse en jouir paisiblement et qui ne demande rien à personne » (89) ne trahit pas, bien au contraire, le rôle social assumé par le droit réel (cf. *supra*, N° 510). Mais, au fond, elles ne paraissent pas moins heureuses, si l'on ramène essentiellement la différence entre droits réel et personnel à celle séparant l'opposabilité et l'obligation, cette dernière différence se caractérisant de façon irréductible par les sanctions respectives de ces deux notions. La prestation pécuniaire par laquelle le débiteur d'une obligation peut se libérer (cf. *supra*, N° 505) se ramène à une exécution *patrimoniale* de cette obligation. En ce sens, Planiol a fort bien remarqué que l'obligation était un élément de passif dans le patrimoine du débiteur (cf. *supra*, N° 507). Or, le patrimoine n'est-il pas l'expression économique de la personnalité (90) ? En se libérant par son patrimoine le débiteur se rachète. L'exécution des obligations sur le patrimoine du débiteur est la forme moderne de l'exécution sur la personne. De même que dans la Rome antique, le débiteur répondait de ses dettes sur sa personne physique (91), de même avec l'évolution des mœurs et du droit marquée à Rome même (92), l'exécution sur les biens s'est aujourd'hui substituée à la précédente, au point qu'on est arrivé à se demander s'il restait des droits vraiment personnels (93). Cette exécution sur les biens n'est autre, en réalité, que la forme moderne de l'exécution sur la personne. Le débiteur qui autrefois répondait de ses dettes sur sa personne physique, en répond aujourd'hui sur son patrimoine, c'est-à-dire sur sa personne économique. La possibilité de se libérer en payant de sa personne économique est un trait

---

(89) Planiol, I, N° 216.

(90) Rappr. Planiol et Ripert, III, N° 15.

(91) Cf. Girard, 8e édition, pp. 685, 1041 et suivantes et 1108 et suivantes.

(92) Avec l'apparition en droit prétorien de la *venditio bonorum*, cf. Girard, *op. cit.*, pp. 1110 et suivantes.

(93) Cf. Gaudemet « *Etude sur le transport de dette à titre particulier* » thèse, Paris 1898, p. 30. V. aussi Gazin « *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique* », thèse, Paris 1910, pp. 453 et 454.

caractéristique de l'obligation (93 bis). Il n'est donc pas inexact de qualifier de « personnel » le droit du créancier qui est l'expression active de cette obligation. Et ce terme prend toute sa valeur significative par la comparaison avec la technique de l'opposabilité qui caractérise le droit dit « réel ». L'opposabilité n'est pas susceptible d'exécution par équivalent ; elle ne s'exécute qu'en nature. C'est-à-dire que celui qui oppose son droit à autrui, relativement à une chose, finit toujours par obtenir la chose elle-même, pour exercer sur elle les prérogatives formant le contenu de son droit. Est-il tellement inexact de traduire cette réalité en disant que le droit porte « directement » sur la chose. L'image est peut-être hardie et catégorique ; mais elle n'est pas tellement déplacée dans la mesure où elle rend compte du droit inextinguible à l'obtention de la chose elle-même. L'expression droit « réel », en tout cas, est parfaitement fondée : le droit est réel en ce sens qu'aucune prestation autre qu'un exercice sur la chose même n'est susceptible de l'éteindre. (*supra*, N° 505 et suiv.).

Finalement, l'analyse de la sanction révèle le bien-fondé de la distinction des droits réel et personnel telle que la théorie classique l'a exprimée pour l'essentiel. Il convient donc de la conserver. Le point est d'importance, car il se situe au centre même du problème de la subrogation réelle. C'est ce qu'il nous faut maintenant souligner.

b) *Signification au regard de la subrogation réelle.*

512. — Cette signification dépend du bien-fondé de la distinction des droits réel et personnel. Dire que la subrogation réelle doit conserver chacun de ces deux droits en tant que tel n'a de sens que dans la mesure où la différence entre eux est certaine et démontrée.

La justification précise et normative de cette différence, par les sanctions respectives des deux droits, se répercute donc automatiquement sur la technique même de la subrogation réelle. Toutes nos remarques sur le fondement de cette différence, sur sa signification sociale, sur les rôles respectifs des prestations personnelles patrimoniales et de l'obtention même de la chose objet du droit réel, éclairent la mission de la subrogation réelle au regard de la distinction traditionnelle.

(93 bis) Comp. Planiol, II, N° 186. « L'exécution sur les biens est, au point de vue logique, la suite et la conséquence de *l'obligation* qui pèse sur la personne : si le *patrimoine* est obligé c'est que la *personne* l'est elle-même ; de plus, au point de vue historique, l'exécution sur la personne a précédé l'exécution sur les biens qui s'est substituée à elle ».

Il faut même aller plus loin en remarquant que cette mission se trouve non seulement éclairée, mais encore justifiée. La différence de sanction assortissant les deux sortes de droits explique clairement le rôle conservatoire de la subrogation réelle. Les sanctions respectives des droits réel et personnel, en effet, traduisent fidèlement les forces d'appréhension réalisées par ces deux droits. A certains égards, le droit personnel permet d'exiger plus que ne le fait le droit réel. Il astreint le débiteur à une véritable prestation qui demeure étrangère à l'objet du droit réel ; à l'égard de la personne du débiteur l'obligation est autrement énergique que l'opposabilité (cf. *supra*, N° 502). Mais tel n'est pas le point de vue le plus intéressant pour la subrogation réelle. Si on considère les moyens techniques d'appréhender la chose elle-même, le droit réel apparaît dans toute sa supériorité. L'impossibilité de son extinction par un équivalent quelconque, et notamment par la responsabilité civile du contrevenant, atteste sa pérennité. Envisagé par rapport à la chose même, le droit réel révèle une vitalité plus énergique, car plus persistante que celle du droit personnel. Et on aperçoit tout le sens que revêtirait, au regard du point de vue précis et technique de la sanction, la dégradation du droit réel en droit personnel. Cette perte de vitalité, de l'aptitude à persister serait, en effet, une véritable dégénérescence. Il est clair que cette qualité du droit réel, nettement symptomatique de la force d'appréhension des choses, présente un intérêt primordial au regard de la subrogation réelle. Elle est, en effet, en rapport direct avec la réalisation de la destination assignée au bien ancien. Lorsque cette destination se réalise par le moyen d'un droit réel elle est assurée, par là même, d'une vitalité accusée. Il entre donc dans la mission essentielle de la subrogation réelle, simple procédé technique justifié par ses buts, de conserver cette vitalité sur le bien nouveau, c'est-à-dire le droit réel en tant que tel. Alors seulement, les modes de réalisation de la destination en valeur sont conservés avec toute leur signification sociale et tout leur intérêt pratique. La subrogation réelle a fourni le résultat que l'on attend d'elle.

Nous mesurerons tout l'intérêt pratique de cette analyse de la conservation des droits réel et personnel caractérisés par leur sanction, dans le fonctionnement de la subrogation réelle (cf. *infra*, N°s 568 et suiv.).

513. — *Conclusion sur la conservation du droit dans son mode d'exercice.* Ainsi, sous quelque angle qu'on analyse les droits réel et personnel, la subrogation réelle doit empêcher

un remplacement de l'un par l'autre à l'occasion de la fluctuation matérielle. Si l'on s'en tient à l'analyse relativement superficielle de l'étendue de leur portée, la mission conservatoire de la subrogation réelle se trouve déjà justifiée : le droit de préférence dont le droit réel est normalement assorti, assure à la réalisation de la destination assignée aux biens une supériorité pratique telle que sa perte modifierait les conditions mêmes de cette réalisation. La subrogation a essentiellement pour mission d'empêcher une telle modification.

Mais, il reste que les incertitudes rationnelles entachant la distinction des droits réel et personnel (cf. *supra*, N°s 500 et 503) se répercutent inévitablement sur le concept même de la subrogation réelle. A cet égard, un effort de précision s'imposait. Nous l'avons tenté, ce qui nous a conduit à trouver dans la sanction des deux sortes de droits un élément pouvant contribuer à éclairer la distinction. La notion de la subrogation réelle s'en est trouvée précisée de façon, semble-t-il, plus solide. Sa mission, d'autre part, y a puisé une justification supplémentaire et tout aussi significative qu'au regard des portées respectives des deux droits.

Il faut donc conclure que la subrogation réelle doit conserver les droits réel et personnel comme tels, considérés à la fois dans leur portée et dans leur nature technique profonde qui paraît révélée par leur sanction.

Mais cette conclusion, ajoutée à celle que nous avons proposée pour couronner l'analyse de la conservation du droit dans son contenu (cf. *supra*, N° 495), ne saurait suffire à préciser complètement en quoi consiste la conservation du droit. Jusqu'ici, nous avons esquissé seulement la conservation du droit dans sa nature. Or, un droit subjectif crée, entre deux ou plusieurs personnes, un lien doué d'individualité. Le maintien de cette individualité entre également dans la mission de la subrogation réelle. C'est sur ce point qu'il nous faut maintenant porter l'analyse.

§ 2e. — Conservation du droit dans son individualité

514. — Trois séries de questions se posent à cet égard. Il convient d'abord de rechercher le critérium qui permet de déterminer l'élément conférant son individualité à un droit subjectif, et de se demander pourquoi, au regard des buts de la subrogation réelle, le maintien de l'individualité ainsi définie s'impose. Les réponses à cette première caté-

gorie de questions conduit à poser le principe de la conservation du droit dans son individualité.

Ce principe étant posé sur un plan théorique et général, il nous faudra en vérifier l'application à quelques cas typiques, ce qui permettra d'en mesurer la portée et découvrira du même coup tout un aspect, et non des moindres, du concept même de la subrogation réelle.

Il sera alors possible de mesurer les conséquences de la précision ainsi apportée à la notion de subrogation réelle, en comparant celle-ci à d'autres techniques concurrentes, mais différentes justement en ce qu'elles ne conservent pas l'identité d'un droit subjectif.

1er POINT. — LE PRINCIPE

515. — Un premier élément, auquel on peut songer pour conférer à un droit son individualité, est l'objet de ce droit. De fait, cet élément joue dans notre système juridique un rôle important (cf. *supra*, N^{os} 212 et suiv., 215 et suiv. et *infra*, N^{os} 548 et suiv.). Mais la subrogation réelle est essentiellement incompatible avec un tel mode d'individualisation du droit. L'hypothèse technique de la subrogation réelle se ramène précisément au changement de l'objet matériel du droit à conserver (cf. *supra*, N° 485). Si la fluctuation, occasion de la subrogation réelle, portait à la fois sur l'objet et sur le droit, toute notion de conservation de celui-ci deviendrait impossible. Pour que la subrogation réelle se conçoive il faut admettre que l'objet matériel (94) du droit change alors que le droit subsiste sans lui. La notion de subrogation réelle implique donc l'idée de changement, non seulement de *chose*, mais surtout et plus précisément *d'objet* d'un droit (rappr. *infra*, N° 541). C'est en ce sens que nous avons synthétisé la subrogation réelle dans la formule « deux objets, un seul droit ». Cette formule est exactement antinomique de la règle « autant d'objets, autant de droits ». La subrogation réelle est donc incompatible avec une conception objective de l'individualité des droits (rappr. *supra*, N^{os} 215 et suiv.).

Elle implique, au contraire, une conception subjective de cette individualité. La subsistance d'un droit dont l'objet matériel change, n'a de sens que pour les personnes qui sont les sujets de ce droit et surtout pour le *sujet actif*, c'est-à-dire pour le titulaire du droit, celui qui en bénéficie. Au point de

(94) Nous employons toujours cette expression dans le sens défini, *supra*, N^{os} 167 et suivants, 314 et 485.

vue pratique, ce titulaire était du reste bénéficiaire de la destination en valeur assignée au bien ancien et exprimée par le droit à conserver (rappr. *supra*, N^os^ 477 et suiv.) ; c'est donc pour ce titulaire que la perpétuation de cette destination, par le moyen technique de la conservation du droit sur un bien nouveau, offre un intérêt. Par conséquent, la conservation du droit dans son individualité revêt un sens technique, en même temps qu'une signification pratique à l'égard du titulaire de ce droit. Ainsi, le sujet actif se présente comme le premier élément propre à identifier le droit à conserver par la subrogation réelle.

Mais cet élément n'est pas le seul. Il est clair que le même titulaire pourrait parfaitement bénéficier sur le bien nouveau d'un autre droit, de la même nature que le premier et, par conséquent analogue à lui, mais ne s'identifiant pas pour autant avec lui. On ne peut parler d'identité que si le droit exercé par le même titulaire sur le bien nouveau puise sa *source* dans le même acte ou le même fait, que le droit précédemment exercé sur le bien ancien. Si, par exemple, le droit résulte d'un contrat, on ne peut le considérer comme conservé dans son identité que si le bien nouveau est appréhendé en vertu de ce même contrat, charte unique du droit exercé successivement sur les deux biens. L'unité de source constitue, en réalité, l'élément fondamental pour individualiser un droit subjectif. Cette source tient lieu de véritable acte de naissance du droit. La formule « deux objets, un seul droit » doit donc se préciser et s'éclairer par cette autre « une seule source, un seul droit ». Il faut tirer du rôle ainsi reconnu à l'unité de source, une conclusion logique fort importante. La fluctuation matérielle, occasion de la subrogation réelle, ne doit concerner que l'objet du droit ; elle ne saurait receler une source propre d'un droit qui serait forcément nouveau, même s'il était reconnu à raison de l'existence du droit précédent établi sur le bien ancien. Cette donnée s'adapte du reste exactement à l'analyse du mécanisme de la subrogation réelle en deux rapports de droit (cf. *supra*, N^os^ 67 et 68). Le changement affectant le seul objet du droit, s'opère dans un rapport distinct que nous avons appelé « rapport accessoire » (cf. *supra*, N° 68). Mais la conservation juridique réalisée par la subrogation réelle a son siège dans un autre rapport juridique que nous avons qualifié « principal » (cf. *ibid.*). Le droit à conserver est précisément celui qui constitue l'armature juridique de ce rapport principal. La *technique de la subrogation réelle est, par définition, exclusive de toute novation du rapport principal.* Aussi, la notion même de la subrogation réelle se trouve-t-elle nécessaire-

ment exclue chaque fois que le changement d'objet constitue, par lui-même, la source d'un nouveau droit.

La conservation d'un droit dans son individualité se caractérise donc par deux éléments : le sujet actif, la source. *Un droit subjectif est conservé dans son individualité, d'un objet matériel sur un autre, lorsque, pour un même titulaire, ce droit porte sur un objet nouveau, en vertu de la source qui l'avait créé sur l'objet ancien, sans que cette fluctuation d'objet soit elle-même la source d'un nouveau droit.*

Une telle analyse confère à la technique de la subrogation réelle une étroitesse indéniable. Mais, c'est seulement à ce prix qu'elle se dégage avec quelque clarté. Il est certain que la création d'un nouveau droit, fondé sur une source nouvelle à l'occasion d'une fluctuation matérielle, et la conservation du droit ancien issu de sa source originaire *malgré* cette même fluctuation, constituent deux techniques différentes. Il n'est pas logique de les désigner toutes deux par la même expression de « subrogation réelle ». Force est de choisir celle qui relève de cette notion. En choisissant la seconde, on consacre une donnée logique et cohérente aboutissant à une précision technique formelle. Un tel résultat est à lui seul une justification. Mais il en est une autre pour le moins aussi importante : cette donnée de logique formelle répond aux buts mêmes de la subrogation réelle, c'est-à-dire à sa mission pratique concrète, justification fondamentale de toute technique.

516. — Une technique quelconque n'est qu'un moyen de parvenir à certaines fins. Nous savons que la subrogation réelle a pour fin de perpétuer d'un bien sur un autre, une destination qui concerne surtout la valeur de ces biens (cf. *supra*, N^os^ 515). Un droit subjectif établi sur un bien quelconque n'est qu'un moyen pour son titulaire de tirer profit de ce bien. C'est cet avantage concret que la subrogation réelle a pour mission de perpétuer en faisant passer le droit sur un autre bien. La subrogation elle-même n'a donc de raison d'être et de sens que pour le titulaire du droit conservé. Par suite, il est normal que la subrogation réelle s'accomplisse à l'égard de ce même titulaire, autrement dit, que, sur le plan technique, ce titulaire soit un élément constant du rapport juridique à conserver. La conception subjective de l'identité des droits, impliquée par la technique de la subrogation réelle, répond donc à une donnée pratique concrète.

Il en va de même de l'unité de source. A l'égard de son titulaire, un droit subjectif conçu comme un moyen de soumettre successivement deux biens à une même destination, n'a d'unité qu'en vertu de sa source. Nous avons précédem-

ment remarqué qu'un droit subjectif ne forme pas un ensemble exhaustif et rigide de prérogatives (cf. *supra*, N° 487). Le seul facteur d'unité entre ces prérogatives résulte du pouvoir qu'elles ont pour but de procurer à telle personne sur tel bien. Le résultat pratique et concret visé par la création du droit inspire, seul, la convergence des prérogatives sur un même but. Ce facteur d'unité est donc avant tout finaliste (comp. *supra*, N° 488). Or, dans quel élément technique ce facteur se manifeste-t-il, sinon dans la source du droit ? C'est lors de la création du droit et dans le titre qui la consacre (loi en convention) que s'exprime la volonté assignant aux prérogatives reconnues au titulaire, la mission pratique où réside leur commune raison d'être. Aussi bien, la source du droit constitue-t-elle la charte de tous les avantages procurés par celui-ci. Cette charte commande la réalisation de la destination que la subrogation doit maintenir : il est donc normal qu'elle soit elle-même conservée. De fait, le contenu des prérogatives et leur mode d'exercice dépendent directement de la source du droit. Ainsi, le droit de la femme sur sa dot puise à la fois son unité formelle et sa signification pratique dans le contrat de mariage, source unique et fondamentale de la dotalité. Et l'on a fort justement remarqué que la subrogation réelle, même lorsqu'elle s'accomplit en vertu de la loi, n'apporte aucune exception à cette règle : la dotalité appliquée au bien nouveau est celle qui est issue du contrat de mariage (95). La subrogation réelle, qu'elle soit par elle-même légale ou judiciaire (cf. *supra*, N° 139), ne fait que transporter sur le bien nouveau le droit dotal qui frappait le bien ancien. Or, la source unique de ce droit, sur le bien nouveau comme sur le bien ancien, se trouve dans le seul contrat de mariage. Un autre élément plus symptomatique encore de l'identité d'un droit subjectif est la date de naissance de ce droit. Il n'est pas douteux que cette date influe sur le mode d'exercice des prérogatives conférées par le droit. Par exemple, lorsque ce droit puise sa source dans un contrat sous seings privés, son opposabilité aux tiers dépend de la date certaine de cet acte. La date certaine fixe le régime d'opposabilité et, par conséquent, la force d'appréhension permise par le droit. Il est donc normal que la subrogation réelle conserve cette date sur le bien nouveau (rappr. *supra*, N° 500 texte et notes 41 à 44). Il est clair que la conservation de la date de l'acte qui a créé un droit implique la conservation de cet acte lui-même comme source unique du droit.

Ainsi, l'unité de source, comme l'unité de sujet actif,

---

(95) Cf. Planiol et Ripert, IX, par M. Nast, N° 1060, note 2.

répond à la raison d'être de la subrogation réelle, c'est-à-dire aux faits. Les données de la logique, de la clarté technique n'ont donc rien d'arbitraire, voire de purement théorique, puisqu'elles rejoignent celles de la réalité concrète. C'est pourquoi, dans tous les cas où la doctrine reconnaît communément la subrogation réelle, le droit est conservé non seulement dans sa nature, mais encore dans son individualité. Si certains auteurs ont méconnu ce fait fondamental, c'est dans leurs analyses et non dans leurs constatations et beaucoup plus pour ne pas l'avoir remarqué que pour l'avoir ouvertement contesté (cf. *infra*, N°s 529 et suiv.). Le principe de la conservation du droit dans son individualité, définie par son sujet actif et par sa source, s'impose en logique et en fait.

Mais il confère à la notion même de subrogation réelle une précision assez étroite dont il convient de mesurer la portée. L'étude de certaines applications du principe la révèle.

2e POINT. — APPLICATIONS DU PRINCIPE

517. — Nous ne saurions vérifier l'application de la conception qui vient d'être analysée, dans tous les cas où la subrogation réelle est appelée à jouer. Nous avons déjà eu l'occasion de citer l'exemple de la dotalité puisant toujours sa source dans le contrat de mariage, même lorsqu'elle s'applique à certains biens nouveaux en vertu d'une subrogation légale (96). Cet exemple, pour typique qu'il soit, ne conduit pas à des développements susceptibles de révéler davantage la physionomie véritable de la subrogation réelle. Deux autres exemples paraissent fournir, à cet égard, l'occasion de plus riches enseignements : celui du bail et surtout celui de la propriété.

I. — CONSERVATION DU DROIT DU PRENEUR A BAIL

518. — La subrogation réelle s'est révélée un moyen fort bien adapté à la protection des locataires dont la situation a attiré, au cours de ces dernières années, la sollicitude du législateur. Aussi, les lois récentes n'ont-elles pas manqué d'y recourir chaque fois que l'occasion s'est présentée et no-

---

(96) Cf. *supra*, N° 516 et note précédente. Ce cas paraît être le seul où la conception de la conservation du droit dans son individualité, telle que nous l'avons analysée, a été affirmée.

tamment à propos des destructions immobilières causées par la guerre (97). La loi du 28 juillet 1942, dans ses articles 1er et 2, avait fait porter les baux à usage d'habitation ou professionnel et les baux commerciaux sur les immeubles reconstruits en remplacement de ceux initialement loués et détruits par faits de guerre. Ces deux catégories de baux sont aujourd'hui régies à cet égard par deux textes différents : la loi du 1er septembre 1948, art. 70, relative aux baux à usage d'habitation ou professionnel, et la loi du 2 août 1949, relative aux baux commerciaux industriels ou artisanaux (cf. *infra*, Nos 653 et suiv.).

Ces textes consacrent une véritable subrogation réelle dans le droit du preneur à bail, et sont fort nets sur la conservation de ce droit dans son individualité. Il n'est pas douteux que le législateur ait entendu transporter du local détruit au local reconstruit, le droit ancien identifié par sa source originaire : le bail initial. Les lois du 1er septembre 1948 (art. 70) et du 2 août 1949 (art. 1er, al. 2) déclarent que le bail est « reporté » sur l'immeuble réparé ou reconstruit. Ce report exclut toute création d'un bail nouveau ; il ne peut s'appliquer qu'au bail originaire. Il faut même remarquer que le législateur identifie tellement, en cette matière, le droit avec sa source qu'il ne parle que de celle-ci, c'est-à-dire du bail lui-même ; c'est le bail et non le droit du preneur qui est déclaré reporté. Et il ne faut pas voir là une simple question de mot ; l'économie des textes répond à cette conception. Ainsi, le législateur précise que le report du bail s'effectue « nonobstant les dispositions des articles 1722 et 1741 du Code civil », lesquels prévoient la résolution du bail en cas de destruction de la chose louée. Cette dérogation expresse à la résolution du bail par le fait du sinistre souligne bien l'intention de faire survivre le bail ancien. Si, un doute pouvait encore subsistuer à cet égard, l'article 70, al. 2, de la loi du 1er septembre 1948, et l'article 1er, al. 3, de la loi du 2 août 1949, le lèveraient complètement en stipulant que « les baux interrompus par le sinistre sont considérés comme ayant été *suspendus* et *reprennent cours* » à la date de réinstallation. Ces expressions sont d'autant plus significatives que la loi du 28 juillet 1942 était moins explicite et se bornait à prévoir une prolongation de la durée du bail reporté « égale au temps écoulé entre la date du sinistre et celle de la réception des travaux ». La solution au fond était, certes, la même (97 bis). Mais le législateur de 1948-1949, en l'ex-

(97) Cf. aussi le report facultatif des baux en cas de remembrement de la propriété foncière, art. 30, loi du 9 mars 1941, et étude E. Becqué, J.C.P., 19-10-41, I, 222 bis, N° 56.

(97 bis) Et fort justement la Cour de Cassation a exigé, pour

primant volontairement d'une façon différente, a entendu souligner davantage encore le principe de la survivance du bail ancien. Ce principe concorde, du reste, avec la règle posée par l'article 70, al. 4, de la loi du 1er septembre 1948 qui accorde, en cas d'insuffisance des locaux reconstruits pour recaser tous les précédents occupants, une préférence aux plus anciens parmi ceux-ci, à égalité toutefois de charges familiales (98). Il est clair que cette ancienneté ne peut résulter que de la date du bail, source unique du droit exercé successivement sur l'ancien puis sur le nouveau local.

Les lois de 1942, 1948 et 1949 consacrent ainsi, dans leur lettre et leur organisation, la notion d'individualité du droit déterminée par l'unité de source, dont tout le sens éclate naturellement au regard du même preneur. C'est ce qui apparaît si l'on recherche l'intérêt pratique de cette conception.

519. — Ce report du bail initial sur les locaux reconstruits assure au preneur une sécurité identique à celle dont il bénéficiait sur les locaux détruits (99). Le local nouveau, lui, est destiné dans les mêmes conditions que l'était l'ancien. La situation du preneur se trouve ainsi assurée du maximum de stabilité compatible avec les événements. Tel était précisément le but social recherché par le législateur. Celui-ci, en recourant à la subrogation réelle pour atteindre ce but, a choisi le moyen le plus exactement adapté à une telle mission. La technique essentiellement conservatrice de la subrogation réelle apparaît ici dans toute sa signification. Elle protège uniformément le preneur, que celui-ci ait occupé le local initial en application de son seul bail, ou en vertu du maintien dans les lieux organisé par la loi du 1er septembre 1948 (art. 4 et suiv.) lequel, du reste, s'effectue, en principe, «aux clauses et conditions du contrat primitif» (art. 4, al. 1er).

Il n'est pas sans intérêt, à cet égard, de relever les sorts différents réservés au preneur, par la loi du 1er septembre 1948, dans le cas de destruction du local par fait de guerre et dans celui de démolition volontaire de l'immeuble autorisée par l'Administration en vue d'une reconstruction agran-

---

admettre le report, que le preneur eût la qualité de locataire au moment du sinistre (cf. Cass. Soc., 3 mars 1944, J.C.P. 1944, II, 2723).

(98) La loi du 28 juillet 1942 ne consacrait que la règle de l'ancienneté (cf. art 3, al. 2). La loi du 2 août 1949, de son côté, l'a reprise en apportant une réserve inspirée par les règles de l'urbanisme, particulièrement sensibles à la nature du commerce exercé (cf. art. 2, al. 2.).

(99) Il suffit qu'il en manifeste l'intention dans les conditions fixées par l'article 70, al. 8, de la loi du 1er septembre 1948, ou par l'article 3 de la loi du 2 août 1949.

die (art. 11). En cette dernière hypothèse (100), les occupants évincés, afin de permettre la démolition, ne voient pas leur droit reporté, par subrogation réelle, sur le local reconstruit. L'article 13 ne leur reconnaît qu'un droit de priorité pour conclure un *nouveau bail* sur le nouvel immeuble. Malgré cette priorité, ils peuvent se trouver évincés par un candidat locataire qui offrirait au bailleur des conditions jugées préférables par celui-ci. La situation des occupants de l'ancien local, se trouve donc beaucoup moins protégée qu'elle ne le serait par un report de leur droit sur le nouveau local, c'est-à-dire par la subrogation réelle. C'est précisément cette protection insuffisante que le législateur a cru devoir renforcer dans la même hypothèse, lorsque plus tard, il a légiféré pour l'Algérie. Et il a réalisé ce renforcement en recourant encore à la subrogation réelle aux lieu et place de la simple priorité reconnue dans la métropole. L'article 11 de la loi du 30 décembre 1950, appliquant à l'Algérie celle du 1er septembre 1948, stipule en effet que « le droit au maintien dans les lieux des occupants évincés (par la démolition) est *reporté* sur les locaux *reconstruits* (101). Cette disposition assure aux anciens occupants une occupation du nouveau local « aux clauses et conditions du contrat primitif » (cf. article 4 de la loi) sans qu'ils aient à craindre la concurrence d'autres candidats locataires. La supériorité de la situation des anciens occupants algériens sur ceux de la métropole est évidente.

Toutefois, il ne faut pas l'exagérer. La différence la plus sensible entre la subrogation réelle et le simple priorité devrait concerner le montant des loyers. Les lois de 1948 en France et de 1950 en Algérie soustraient la fixation du montant des loyers à la liberté conventionnelle pour la soumettre à une règlementation objective dépendant des qualités multiples offertes par les locaux loués (cf. loi du 1er septembre 1948, art. 26 et suiv., loi du 30 décembre 1950, art. 24 et suiv.).

---

(100) Assimiler le cas, prévu par l'article 12, de simples travaux d'agrandissement rendant provisoirement inhabitables certains locaux anciens.

(101) Cette rédaction est, du reste, contredite par celle de l'article 39 de la loi du 30 décembre 1950, relatif à la fixation du loyer dans ce cas. Ce texte parle « du droit de priorité prévu à l'article 11 ». Une inadvertance s'est sûrement glissée dans la rédaction d'un de ces deux articles, il semble que le texte exact soit l'article 11. D'abord, il pose le principe du report, l'article 39 comportant à cet égard une simple référence. En outre, l'article 11 s'écarte de son correspondant métropolitain, l'article 13 de la loi du 1er septembre 1948. Cette différence de rédaction est sûrement voulue. L'article 39, au contraire, n'est que la copie, mot pour mot, de l'article 42 de la loi métropolitaine. En copiant un texte précédent, le législateur a sans doute omis d'adapter sa copie au système qu'il venait de consacrer.

Mais ce régime particulier ne vise que les locaux anciens ; il ne s'applique pas à ceux construits ou achevés après le 1er septembre 1948 en France et après le 31 décembre 1947 en Algérie (cf. article 3 des deux lois). Or, la conséquence logique de la conservation du droit du preneur dans son identité, c'est-à-dire de la subrogation réelle, est d'appliquer sur le local nouveau, fût-il construit après les dates fixées par les lois, le régime général régissant le droit du preneur tel qu'il existait sur le local initial. C'est ce que déclare, du reste, l'article 3 de la loi du 1er septembre 1948. Parmi les conditions caractéristiques de ce régime figurent celles déterminant les prix. C'est également ce que consacre le législateur (loi du 1er septembre 1948, art. 71). La subrogation réelle devrait donc présenter, à cet égard, un avantage pratique considérable sur la location ordinaire des immeubles reconstruits après un fait de guerre (102) ou sur la location simplement prioritaire des immeubles démolis et reconstruits sur une autorisation administrative. Cet avantage est en réalité inexistant. D'une part, en effet, l'article 71 de la loi du 1er septembre 1948, soumet les loyers des locaux reconstruits après destruction par fait de guerre, au régime général de fixation établi pour les locaux construits avant le 1er septembre 1948, que ces locaux nouveaux supportent ou non des baux anciens reportés par subrogation réelle. D'autre part, l'article 42 de la même loi applique le même régime de fixation des loyers aux baux conclus en vertu du droit de priorité reconnu aux anciens occupants par l'article 13, sur les immeubles reconstruits après démolition sur autorisation administrative, quelle que soit la date de cette reconstruction (pourvu naturellement que l'immeuble démoli ait été lui-même achevé avant le 1er septembre 1948). Il s'ensuit qu'au regard du moins du montant des loyers, la subrogation réelle, bien que continuant à emporter ses conséquences logiques, perd une part importante de son avantage pratique. Ainsi, notamment le propriétaire, bénéficiant de l'article 13 de la loi du 1er septembre 1948, ne risque pas de se voir évincé par un candidat locataire offrant un prix supérieur. Il se trouve à ce point de vue dans une situation analogue à celle de l'ancien occupant bénéficiant en Algérie, de la subrogation édictée par l'article 11 de la loi du 30 décembre 1950. Si l'avantage pratique de la subrogation réelle est ainsi réduit au regard de la fixation du loyer, il demeure pour ce qui concerne toutes les autres conditions marquant le droit du preneur sur le bien ancien. Et même ainsi limité, l'intérêt de la subrogation demeure appréciable.

(102) Il faut remarquer que la loi du 30 décembre 1950, applicable à l'Algérie, ne comporte pas de subrogation réelle dans le droit du preneur en cas de destruction des locaux par fait de guerre.

Il apparaît notamment avec netteté sur un point technique typique : celui de la date du bail appliqué par subrogation réelle à l'immeuble reconstruit. Cette date revêt une importance particulière lorsqu'il s'agit d'opposer le bail à un acquéreur éventuel de l'immeuble sinistré. L'article 1743 du Code civil exige, pour que cette opposabilité soit possible, que le bail ait acquis date certaine. Comme la subrogation réelle conserve le droit du preneur dans son individualité, on ne doit reconnaître à ce droit qu'une seule source : le bail initial, et par conséquent qu'une seule date certaine : celle de ce bail (rappr. *supra*, N^{os} 500 et 516). La date certaine qui valait à l'égard de l'ancien local vaut donc encore, une fois le droit du preneur transporté sur un nouveau local. Là se borne l'effet de la subrogation réelle. Si elle exclut l'existence et l'exigence d'une nouvelle date certaine, elle ne saurait non plus dispenser de la date certaine initiale dans la mesure où celle-ci était requise. La subrogation, en particulier, ne saurait dispenser le preneur de respecter l'article 1743 du Code civil, s'il veut opposer son bail à un acquéreur de l'immeuble sinistré. Cette règle paraît s'imposer. Il n'est pourtant pas inutile de la souligner, car un jugement du tribunal civil de Bayonne, du 22 novembre 1949, l'a peut-être obscurcie (103). Cette juridiction, statuant sur l'application de la loi du 28 juillet 1942, après avoir reconnu expressément l'existence de la subrogation réelle consacrée par cette loi (cf. *supra*, N° 518) pour des raisons de solidarité sociale, a permis au preneur d'opposer son droit à l'acquéreur de l'immeuble sinistré sans avoir à respecter l'article 1743 du Code civil, fondant cette dispense sur l'ordre public ici favorable aux locataires. Il est clair que cette dispense n'est pas la conséquence de la subrogation réelle. Il appartenait au tribunal de décider si la loi de 1942 faisait échec à l'article 1743 du Code civil. L'affranchissement du preneur des exigences de ce dernier texte s'*ajoute* à la subrogation réelle mais n'en découle pas. Il faut voir là deux faveurs distinctes reconnues aux locataires et justifiées toutes deux par la même conception de l'ordre public et de la solidarité sociale.

Toute cette règlementation illustre la notion de conservation du droit dans son individualité et fournit des exemples particulièrement propres à préciser le concept de la subrogation réelle. Celui-ci révèle d'autres nuances encore si on l'applique à la conservation du droit de propriété.

---

(103) J.C.P. 1950, II, 5385. Et l'annotateur n'a pas éclairci ce point. V. note Hubrecht, *ibid., in fine.*

II. — CONSERVATION DU DROIT DE PROPRIETE

520. — La conservation du droit de propriété dans son individualité conduit, lorsqu'on l'analyse sous l'angle de la revendication, à un affinement notable de la notion de subrogation réelle.

Il importe, à cet égard, de préciser la situation à analyser. Elle est du reste courante. Dans un procès en revendication intenté contre un possesseur ou un détenteur, le demandeur établit son droit de propriété sur un bien déterminé. Mais il se trouve que celui-ci a disparu des mains du défendeur et a été remplacé par un nouveau bien. Le demandeur est admis à faire porter sa revendication sur le bien de remplacement. Le phénomène est-il une subrogation réelle ?

La réponse affirmative est généralement admise (104). Elle nous paraît pourtant exiger une distinction capitale. La situation, en effet, est différente selon que la fluctuation s'est opérée, entre les mains du défendeur, pour son compte personnel ou pour celui du propriétaire revendiquant. Il convient d'analyser ces deux situations distinctes.

1re Hypothèse. — La fluctuation s'est opérée pour le compte du défendeur a la revendication

521. — Cette hypothèse se trouve pratiquement réalisée lorsque le possesseur a vendu pour son propre compte le bien possédé, lequel a fait place entre les mains du vendeur à la créance du prix. Relève également de cette hypothèse le remploi du prix perçu, en une acquisition accomplie également pour son propre compte par le possesseur ou encore l'échange conclu dans les mêmes conditions.

Ces fluctuations, accomplies dans de telles conditions, ne comportent pour le revendiquant la source d'aucun droit de propriété nouveau. Le possesseur est seul vendeur comme il est seul acquéreur. C'est lui qui a passé des actes dont les effets ne se développent, par suite, qu'à son égard. Le possesseur est donc, en principe, seul créancier du prix ou seul propriétaire du bien acquis en remploi. Si, la vente initiale de la chose d'autrui ainsi conclue étant maintenue, pour des raisons et dans des conditions que nous avons précédemment déterminées (cf. *supra*, N^{os} 125 bis et 193 et suivants),

---

(104) V. par exemple Demogue, Revue critique, 1901, pp. 295 et suivantes. Planiol, note D., 1902. 1. 33 ; Henry, thèse, pp. 324 et suivantes ; Capitant, Rev. trimestr., 1919, pp. 385 et suivantes, § IV.

on attribue au revendiquant le bien qui constitue la contre-valeur du bien aliéné, cette attribution ne peut se fonder que sur le droit de propriété *initial* de ce revendiquant, puisque celui-ci ne puise dans les actes conclus par le possesseur aucune source d'un droit nouveau. Le revendiquant ne peut donc invoquer sur les biens nouveaux que le droit de propriété fondé sur sa source originaire, c'est-à-dire celle qui avait pris naissance à l'égard du bien ancien. Par conséquent, la reprise des biens nouveaux, effectuée malgré l'effet relatif des actes accomplis par le possesseur en son propre nom, repose *uniquement* sur le droit de propriété dont le revendiquant était titulaire en vertu de la source qui le lui conférait sur le bien ancien. Le principe de l'unité de source pour un même titulaire, relativement à deux objets différents, se trouve vérifié. Une telle revendication de la contre-valeur constitue donc une subrogation réelle (cf. *supra*, N° 515).

On peut faire une première contre-épreuve de cette conclusion, en remarquant que l'analyse précédente concorde avec la décomposition du mécanisme de la subrogation réelle en deux rapports de droit (cf. *supra*, N°s 67 et 68). Les actes de vente et de rachat conclus par le possesseur n'ont d'effet qu'entre celui-ci et ses ayants cause : les tiers acquéreur ou vendeur. Ces actes ne concernent donc que le rapport accessoire de la subrogation réelle (rappr. *supra*, N° 67). Ils sont notamment étrangers au rapport principal établi par la revendication entre le revendiquant et le possesseur (rappr. *ibid.*). Ce rapport n'est affecté que dans son objet matériel par les *résultats* des actes réalisant la fluctuation. Mais il n'est touché ni dans sa source, ni dans son sujet actif. Et si l'on admet le postulat qui est à la base de la notion de subrogation réelle, imposant l'individualisation du droit par son sujet et sa source et non par son objet (cf. *supra*, N° 515), il faut conclure que le rapport principal n'est pas nové par les actes de vente et de rachat conclus par le possesseur pour son compte. Ce rapport demeure dans son intégrité distinct du rapport accessoire. Toutes les données techniques caractéristiques de la subrogation réelle se trouvent vérifiées (cf. *supra*, N°s 67 et suiv., 515 et suiv.).

Une seconde contre-épreuve, faisant intervenir les données relatives aux buts et à l'objet de la subrogation réelle, est également possible. Si le possesseur a racheté, pour son compte, un bien nouveau avec des deniers ne provenant pas de l'aliénation du bien ancien appartenant au revendiquant, l'attribution à celui-ci de ce bien nouveau perd tout fondement. En effet, c'est seulement lorsque le bien nouveau provient de l'ancien que l'absence de revendication à son

égard entraînerait un enrichissement du possesseur aux dépens du propriétaire. La revendication du bien nouveau a précisément pour but d'éviter un tel enrichissement. Cette mission d'équilibre est exactement celle de la subrogation réelle (cf. *supra*, N^os^ 431 et 432), au point qu'on a pu assimiler cette technique à l'action de *in rem verso* (cf. *infra*, N^os^ 531 et suiv.). Seule, la provenance du bien nouveau, fonde donc la revendication de ce bien (rappr. *supra*, N^os^ 73 et 338). Or, le déséquilibre qu'on veut éviter résulterait du fait que le possesseur a agi pour son propre compte. C'est dans cette seule hypothèse que la provenance du bien nouveau, économiquement caractéristique de la subrogation réelle (cf. *supra*, N^os^ 274, 275, 277 et suiv.), donne un sens à la revendication de ce bien. Cette condition de provenance est nécessaire lorsque le possesseur acquiert un bien pour son propre compte. Au contraire, elle n'a pas à intervenir si un détenteur acquiert pour le compte du propriétaire. Celui-ci devient alors propriétaire par le *seul* effet de l'acte juridique conclu en son nom. Ces considérations confirment la reconnaissance d'une subrogation réelle dans la revendication du bien nouveau acquis par le possesseur pour son propre compte.

La revendication d'un bien nouveau provenant de l'ancien et acquis par le possesseur pour son propre compte, répond donc à toutes les données fondamentales de la subrogation réelle (105).

2^e^ Hypothèse. — La fluctuation s'est opérée pour le compte du propriétaire revendiquant

522. — Cette hypothèse est caractérisée par un fait fondamental : l'acquisition du bien nouveau accroît de plein droit le patrimoine du propriétaire. La fluctuation emporte donc, par elle-même, la source pour le propriétaire d'un droit nouveau sur le bien. La revendication de ce bien doit, certes, être admise, mais précisément en vertu de ce droit nouveau. Telle est la différence essentielle avec l'hypothèse précédente.

Cette différence mérite d'être analysée dans les deux groupes de cas où elle a pratiquement l'occasion de se manifester le plus souvent.

---

(105) Nous verrons que cette même analyse de la situation, découlant des actes conclus par le possesseur pour son propre compte, conduit à un jeu restrictif de la subrogation réelle ainsi reconnue (cf. *infra*, N^os^ 656 et suivants).

1^er^ cas. — Le bien ancien a été vendu volontairement et le prix éventuellement remployé, pour le compte du propriétaire

523. — Il faut supposer, pour simplifier le raisonnement, que les actes ont été régulièrement conclus pour le compte du propriétaire. L'article 575 du Code du commerce fournit un bon exemple de ce cas. Il permet au déposant de revendiquer, dans la faillite du dépositaire, les marchandises déposées, ou le prix qui pourrait en être dû, lorsque le failli les a vendues soit pour son compte, soit pour le compte du propriétaire. Ce dernier cas répond à l'hypothèse que nous étudions. On peut aussi imaginer un détenteur ayant mandat de vendre, voire de racheter pour le compte du propriétaire. Il se peut encore que celui-ci, sans avoir donné expressément mandat au détenteur, ratifie les actes passés en son nom.

Dans tous ces cas, il n'est pas douteux que le propriétaire puisse revendiquer le bien nouveau. Mais il est non moins douteux que son droit se fonde sur l'acte passé en son nom. La fluctuation opérée dans ces conditions, en réalité, ne concerne pas seulement *l'objet du droit* ; elle en nove aussi la *source*. Elle constitue en elle-même la source d'un droit nouveau. Certes, ce droit n'est pas forcément sans rapport avec celui qui existait sur le bien ancien. C'est dans la mesure, notamment, où le revendiquant était propriétaire du bien ancien, que la vente de ce bien a pu être faite en son nom. Mais ce rapport entre les deux droits n'empêche pas ceux-ci d'exister distinctement sur le plan technique. Le revendiquant est créancier du prix de vente, comme tout propriétaire qui vend son bien. Il revendique le bien nouveau acquis en son nom exactement comme tout propriétaire peut revendiquer ce qui lui appartient. Ce phénomène n'est pas une subrogation réelle, dans la mesure précisément où le revendiquant invoque un droit nouveau issu de la fluctuation accomplie en son nom. La revendication dont il s'agit est une revendication normale échappant aux règles restreignant le jeu de la subrogation réelle. (cf. *infra*, N^os^ 656 et suiv.).

Ici encore, les contre-épreuves sont possibles (rappr. *supra*, N° 521). Lorsque la vente, et éventuellement l'acquisition, ont été opérées au nom du propriétaire, il n'existe qu'un seul rapport de droit. La personnalité du détenteur s'efface dans toute la mesure où celui-ci a représenté le propriétaire. Le seul rapport juridique que l'on puisse constater existe entre le propriétaire et le tiers acquéreur ou vendeur. Or, ce rapport concerne à la fois la fluctuation et le droit invoqué par le propriétaire. La dualité des rapports juridiques qui caractérise essentiellement le mécanisme de

la subrogation réelle (cf. *supra*, N°s 67 et 68) est ici absente. Il s'agit simplement d'un propriétaire qui a aliéné un de ses biens, ou qui en a acquis un nouveau. Et nous avons déjà remarqué que des opérations aussi simples et aussi courantes ne suffisent pas à constituer des subrogations réelles (cf. *supra*, N° 67).

Une autre contre-épreuve peut être tirée des données propres à l'objet de la subrogation réelle. Lorsque le détenteur a agi pour le compte du propriétaire, peu importe l'origine des deniers employés à l'acquisition du bien nouveau, le propriétaire peut revendiquer ce bien sans avoir à prouver aucun remploi, l'acquisition faite en son nom lui suffit. C'est sur elle, et sur elle seule, qu'il fonde sa revendication. Dès lors, il se peut que le bien nouveau ne provienne aucunement du bien ancien. Ce fait est sans influence sur la revendication du bien nouveau. Il n'empêche pas celui pour le compte de qui l'acquisition a été conclue de revendiquer le bien acquis en son nom. Là est la différence avec l'hypothèse précédemment étudiée qui suppose la propriété préalablement établie sur le bien ancien, et un lien de provenance prouvé entre le bien ancien et le bien nouveau (cf. *supra*, N° 521). Et si, dans l'hypothèse que nous étudions ici, le lien de provenance est néanmoins établi, ce fait ne change rien au fondement du droit exercé par le revendiquant. Ce fondement demeure l'acte conclu au nom du propriétaire. Et cet acte constitue la source nouvelle d'un droit nouveau, ce qui exclut la notion même de subrogation réelle. C'est pourquoi la réclamation de la créance du prix par le propriétaire du bien vendu *en son nom*, ne relève pas de la subrogation réelle. Ne constitue pas davantage une application de la subrogation réelle, la revendication du bien acquis même en remploi du bien ancien, si ce remploi a été conclu au nom du propriétaire. Celui-ci puise dans l'acte d'acquisition accompli pour son compte la source de son droit qui rend superflue la nécessité d'un remploi véritable puisqu'au droit ancien en est substitué un nouveau.

Aucune des données de la subrogation réelle ne se trouve donc respectée lorsque la fluctuation s'est accomplie pour le compte du propriétaire. Aussi, ne doit-on voir une subrogation réelle, par exemple dans l'article 575, al. 2, du Code du commerce, que dans la mesure où le dépositaire failli a détourné les biens déposés en les vendant pour son propre compte (106). Lorsque les objets ont été vendus par le dépositaire pour le compte du propriétaire qui les lui avait consi-

(106) V. une application pratique de cette hypothèse dans l'arrêt de Civ., 28 juillet 1941, D.C. 1944, 66, note Chéron.

gnés à cet effet, la revendication du prix n'est pas l'application d'une subrogation réelle.

524. — L'analyse précédente trouve une limite, en vérité fort logique, dans le cas où l'acte, bien que conclu pour le compte du propriétaire, ne confère de droit à celui-ci que sous la condition de l'existence d'un droit ancien établi sur un bien précédent, dans la mesure toujours où le droit ancien est maintenu sur le bien nouveau.

Tel est le cas sous le régime de communauté. Sous ce régime, une acquisition à titre onéreux, accomplie au nom, personnel d'un époux, ne suffit pas à donner un droit propre à cet époux (107). L'acquisition n'a un tel effet que dans la mesure ou l'époux avait déjà un droit propre sur un bien précédemment aliéné. Et, fort logiquement, la condition d'origine propre du bien acquis est requise. Elle est satisfaite en cas de vente (à l'égard de la créance du prix), d'échange, de remploi lorsque l'article 1434 du Code civil est respecté (cf. *supra*, N°s 368 et suiv.). Les éléments de la subrogation réelle existent, par exemple, dans le remploi d'un propre, bien que ce remploi soit accompli pour le compte de l'époux propriétaire. C'est, en effet, le droit propre originaire qui se transporte sur le bien acquis. Ce droit est *demeuré* propre ; il puise sa source unique dans le contrat de mariage et il se retrouve à la dissolution du régime lors de l'exercice des reprises. Cette analyse correspond exactement à la notion de la subrogation réelle et à la mission de celle-ci qui, sous le régime de communauté, est de prévenir tout passage indû d'une valeur propre dans la masse commune (cf. *infra*, N°s 668 et suiv., 675 et suiv.). Cet équilibre est assuré par la conservation du droit propre originaire se perpétuant sur plusieurs biens individualisant la même valeur. Or, toute cette analyse de la conservation du droit propre repose sur le fait que l'acquisition, même accomplie au nom personnel de l'époux, est impuissante à conférer un droit propre *nouveau* à cet époux. Contrairement à ce qui se passe d'habitude pour les acquisitions accomplies pour le compte du propriétaire, la fluctuation matérielle affectant les propres n'est pas la source d'un droit propre nouveau. C'est dans cette mesure et pour cette raison que la subrogation réelle redevient compatible avec l'aliénation ou l'acquisition faite au nom de l'époux.

La règle positive sous le régime de communauté, loin d'infirmer l'analyse générale de la subrogation réelle, la confirme donc, au contraire.

---

(107) Cf. Planiol et Ripert, VIII, par M. Nast, N° 255, p. 301.

2e cas. — Une indemnité est allouée à raison de la destruction du bien ancien

525. — La créance d'indemnité due pour destruction de la chose se trouvant entre les mains d'un possesseur ou d'un détenteur naît, en réalité, dans le patrimoine du propriétaire (108) (dans la mesure du moins où elle répare le préjudice causé par la perte de la propriété, ce qui est le cas normal et courant).

La destruction de la chose rend donc, de plein droit, le propriétaire créancier de l'indemnité. Si l'indemnité a été établie au nom du détenteur, une erreur a été commise que le propriétaire du bien détruit peut faire corriger. La fluctuation engendrée par la destruction n'atteint pas seulement l'objet du droit de propriété ; elle emporte aussi, à elle seule, une *source* de droit nouveau pour le propriétaire. La situation est donc, à cet égard, identique à celle qui résulte de la vente volontaire du bien par un détenteur au nom du propriétaire (cf. *supra*, N° 523) à cela près que le titre nouveau ne procède pas ici d'une convention mais de la loi qui ouvre droit à indemnité. Le propriétaire peut réclamer cette indemnité, comme il est en droit de le faire pour toute chose lui appartenant et, notamment, en soustrayant cette créance au gage des créanciers du détenteur ou du possesseur. Cette réclamation est fondée sur le droit nouveau à indemnité que la destruction a fait naître dans son patrimoine. Sans doute, ce droit nouveau a pris naissance à raison de l'existence du droit de propriété antérieur sur le bien détruit. Ce bien rend compte du motif qui explique la naissance du droit. Cette naissance n'en existe pas moins sur le plan technique. Par suite, *la réclamation de l'indemnité par le propriétaire étant techniquement fondée sur un droit nouveau qui puise sa source dans la destruction elle-même, n'est pas le fruit d'une subrogation réelle* (rappr. *supra*, N° 515) (109).

526. — L'intérêt pratique de cette conclusion ne saurait échapper. Dans la mesure où elle ne relève pas de la subrogation réelle, la réclamation des créances d'indemnités dues pour perte de la chose échappe aux règles restrictives qui gouvernent le fonctionnement de la subrogation dans le droit de propriété (cf. *infra*, N°s 656 et suiv.). Il importe donc de

(108) Comp. Planiol, II, N° 628.

(109) Cette conclusion doit naturellement, comme celle précédemment dégagée (cf. supra, N° 524), être limitée lorsque la fluctuation serait, à elle seule, insuffisante à faire naître un droit nouveau. Ainsi, sous le régime de communauté, l'attribution du caractère propre à l'indemnité due pour destruction d'un propre relève de la subrogation réelle pour les raisons que nous avons déjà indiquées.

préciser la portée de la conclusion que nous venons de formuler. Cette conclusion vaut dans tous les cas où la créance naît de *plein droit* dans le patrimoine du propriétaire. Alors, la destruction est la source d'un droit nouveau pour ce propriétaire, ce qui exclut la subrogation réelle. Il en est ainsi, généralement, lorsque l'indemnité est allouée en vertu d'un principe légal (indemnités de responsabilité, indemnités gracieuses (cf. *supra*, N^os^ 242 et suiv., 245 et suiv.) dans le but de réparer le préjudice souffert par la perte du droit de propriété sur le bien détruit. Il est alors normal que la destruction emporte, de plein droit, naissance de la créance dans le patrimoine du propriétaire. Mais il peut arriver qu'une indemnité ayant pour but de réparer la perte de la propriété du bien détruit ne naisse pas pour autant directement dans le patrimoine du propriétaire revendiquant. Tel est le cas, par exemple, de l'indemnité d'assurance due au détenteur, en vertu d'un contrat conclu par celui-ci alors qu'il était lui-même propriétaire du bien. Le propriétaire actuel, revendiquant, n'est pas partie au contrat d'assurance ; par conséquent, il n'est pas de plein droit créancier de l'assureur. Si on lui attribue l'indemnité d'assurance, ce ne peut être que sur la base de son droit de propriété initial, dans la mesure où on estime que cette indemnité représente le bien détruit (cf. *supra*, N^os^ 247 et suiv.). Une telle attribution relève de la subrogation réelle et obéit à ses règles de fonctionnement.

La différence technique entre les attributions de ces deux sortes d'indemnités apparaît nettement, par exemple, à propos du rapport en nature des immeubles à succession. Le rapport en nature résout la donation faite à l'un des cohéritiers (110). Le donataire est considéré, par le fait du rapport, comme n'ayant pas été propriétaire du bien qui se réunit à la masse (art. 865 du Code civil). A partir du rapport, le donataire devient donc un simple détenteur de l'immeuble. Si cet immeuble, avant la réalisation du rapport, a été détruit et si une indemnité de responsabilité est due à raison de cette destruction, la créance doit être considérée comme née dans le patrimoine du défunt, qui est réputé rétroactivement n'avoir pas cessé d'être propriétaire. Le rapport de cette créance, certainement établie au nom du donataire, est donc la conséquence normale de la résolution du droit du donataire. Il doit s'accomplir de plein droit, en ce sens que les cohéritiers peuvent réclamer la créance d'indemnité sans avoir à invoquer une décision spéciale leur conférant ce pouvoir. Mais ce rapport ne constitue pas une subrogation réelle, car les cohéritiers, comme tout propriétaire de bien

(110) Cf. Planiol, III, N^os^ 2276 et suivants.

détruit, tirent directement leur droit à indemnité de la destruction (fait dommageable). En somme, c'est pour leur compte que l'indemnité est rétroactivement considérée comme née entre les mains du donataire détenteur. La fluctuation comportant la source d'un droit nouveau, la subrogation réelle est exclue. Au contraire, le rapport de l'indemnité d'assurance due au donataire détenteur, en vertu d'un contrat par lui conclu alors qu'il était propriétaire, serait une subrogation réelle. Les cohéritiers ne peuvent, en effet, tirer de la seule destruction un droit sur une indemnité due en vertu d'un contrat auquel ils demeurent étrangers. Si on leur attribue cette indemnité, ce ne peut être que sur le fondement du droit qu'ils sont censés avoir eu *sur l'immeuble* en vertu de la résolution de la donation. Il s'agit là du droit de propriété originaire du défunt dont ils continuent la personne.

Le rapport de l'indemnité d'assurance procède donc de la conservation du droit de propriété ancien, c'est-à-dire d'une subrogation réelle. Aussi n'est-il admissible que dans la mesure où on admet que l'indemnité d'assurance représente le bien détruit ; et même à cette condition, il doit obéir aux règles restrictives de la subrogation réelle dans le droit de propriété (111).

527. — Le concept de la subrogation réelle se dessine ainsi avec une appréciable précision, mais aussi avec une incontestable étroitesse. Celle-ci ressort bien, si on compare la réclamation des créances d'indemnités sur les plans réel et personnel. Dans les analyses précédentes, nous avons analysé l'attribution de l'indemnité de responsabilité au propriétaire du bien détruit sur la base de l'action en revendication. C'est sur le plan réel que nous avons cru devoir écarter la notion de subrogation réelle, dans la mesure où le propriétaire tire de la destruction un droit nouveau à indemnité. Mais que dire du mécanisme analogue qui se déroule éventuellement sur le plan personnel ?

L'article 1303 du Code civil règle cette question de façon assez générale en déclarant que « lorsque la chose est détruite, mise hors du commerce ou perdue sans la faute du débiteur, il est tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier ». On a fort justement remarqué que cette « cession d'action » est, en réalité, périmée (112). La propriété étant aujourd'hui transférée par le seul effet des obligations, c'est en la personne du créancier que naît l'action en indemnité

(111) Comp. Planiol, III, N°s 2279 et 2280.
(112) Cf. Planiol, II, N° 628.

(cf. *supra*, N°s 525 et 526). Le débiteur n'a donc pas à lui « céder » cette action. A cet égard, l'article 1934, au titre du dépôt, rend mieux compte de la réalité des choses en stipulant que « le dépositaire auquel la chose a été enlevée par une force majeure et qui a reçu un prix ou quelque chose à la place, doit *restituer* ce qu'il a reçu en échange ». C'est bien d'une exécution en nature prolongée sur la créance de remplacement qu'il s'agit en réalité (113). L'article 1934 en rend mieux compte que l'article 1303. Or, l'action *personnelle*, par laquelle le créancier réclame la créance d'indemnité à son débiteur, ne peut résulter que du contrat, source initiale de l'obligation de livrer (114). Telle est sûrement la conception qui résulte de l'article 1934 et elle répond, en réalité, aussi, à la situation réglée par l'article 1303.

Cette conception devrait, certes, être écartée si on admettait que toute action réelle en revendication est *ipso facto* doublée d'une action personnelle en restitution. Certains auteurs paraissent parfois se ranger, implicitement du moins, à cette solution (115). Il faudrait en conclure qu'une action

---

(113) Cette conception nous paraît préférable à celle d'une « exécution par équivalent » parfois proposée (cf. Planiol et Ripert, XI, par R. Savatier, N° 1178), qui évoque trop l'idée de responsabilité et fort mal celle de subrogation réelle (comp. *supra*, les rôles respectifs de l'équivalence et de la provenance dans l'objet de la subrogation réelle, N°s 272 et suivants). V. aussi surtout *supra*, N° 331 texte et note 87.

(114) D'ailleurs, il ne faudrait pas attacher une importance excessive à l'idée de « cession d'action », même lorsqu'elle paraît fondée. Cette cession, qui évoque du reste les conceptions romaines (comp. Planiol, *ibid.*), peut fort bien être, en réalité, aujourd'hui, un simple moyen de restituer la valeur de remplacement. C'est ainsi qu'on peut la comprendre, par exemple, dans l'article 1935 du Code civil imposant à l'héritier du dépositaire ayant vendu de bonne foi (par conséquent pour son propre compte) la chose déposée de « céder son action » en paiement du prix au déposant. Cette cession d'action est, certes, admissible dans la mesure où l'héritier est devenu seul créancier du prix. Mais il n'en paraît pas moins que l'action personnelle en réclamation de cette créance par le déposant, peut être considérée comme fondée sur le contrat, source originaire de la créance en restitution. On peut voir dans cet art. 1935 une subrogation réelle dont les données relatives à l'objet sont, du reste, satisfaites (cf. *supra*, N° 337). Il faudrait sans doute conclure de même dans les cas relevant de l'article 1303, où le créancier ne serait pas propriétaire parce qu'une convention aurait différé le transfert de propriété. Mais une pareille convention ne se voit guère en pratique (cf. Planiol, II, N° 628).

(115) V. par exemple Planiol, III, N° 2279 à propos du rapport en nature à succession. Cet auteur admet que l'héritier donataire soit *débiteur* d'un corps certain. Il applique à cette obligation l'article 1302 du Code civil (tout en accordant, du reste, sa préférence à l'analyse se fondant, au point de vue réel, sur la résolution de la donation). On peut alors se demander pourquoi Planiol (*op. cit.*, N° 2280) refuse, à regret, la subrogation réelle de l'indemnité d'assurance au bien détruit, puisqu'il admet que cette indemnité représente

réelle étant née dans le patrimoine du propriétaire, l'action personnelle reconnue à celui-ci serait également nouvelle. Ce raisonnement vaudrait pour la réclamation de la créance d'indemnité par le créancier propriétaire du bien détruit : son droit sur cette créance serait par suite nouveau, aussi bien sur le plan personnel que sur le plan réel (cf. *supra*, N^os^ 525 et 526). A la vérité, cet aspect des rapports entre les actions réelles et personnelles paraît n'avoir jamais été aperçu ni analysé directement, sans doute parce que l'action réelle une fois admise, l'action personnelle ne présente plus guère d'intérêt pratique (115 bis). Il semble, en tout cas, que les principes doivent exclure la naissance d'une action personnelle en l'absence d'une source d'obligation précise, cette source fût-elle légale. Il s'ensuit qu'on doit reconnaître sa source initiale à l'action personnelle en réclamation de la créance d'indemnité détenue ou possédée par l'ex-détenteur ou possesseur du corps certain. Il faut alors admettre que cette action personnelle a changé d'objet en conservant pour le créancier sa source originaire : elle est le siège d'une subrogation réelle.

En se perpétuant ainsi, l'action personnelle double l'action réelle dont le créancier propriétaire jouit naturellement. Mais le parallélisme entre les deux plans n'est pas assuré par deux techniques identiques. La réclamation par le créancier de la créance d'indemnité sur l'action personnelle en restitution intentée contre le détenteur, constitue une subrogation réelle, alors même que le créancier était propriétaire du bien détruit. Mais la réclamation de cette même créance par l'action réelle, ne constitue pas une subrogation dans la mesure précisément où la créance est née directement du fait de la destruction du bien, dans le patrimoine du propriétaire (cf. *supra*, N^os^ 525 et 526). L'action réelle, du déposant par exemple, se renouvelle, mais son action personnelle

---

le bien. Si l'héritier donataire est *débiteur* du bien donné envers ses cohéritiers, et si l'article 1302 est applicable à cette obligation, l'article 1303 devrait l'être aussi, ce qui conduirait à la subrogation réelle que Planiol désire. C'est ce qu'a admis un arrêt de Montpellier du 28 janvier 1935, D.H. 1935. 229, pour une indemnité gracieuse allouée par l'Etat. Cette solution est logique, si on reconnaît l'existence d'une obligation personnelle à la charge du donataire.

(115 bis) Au demeurant, cet intérêt pratique n'a rien d'inconcevable. Admettrait-on, par exemple, qu'un propriétaire dépossédé puisse, sans invoquer une source spéciale d'obligation, pratiquer une saisie sur les biens du possesseur et particulièrement une saisie-arrêt sur une créance de ce possesseur contre un tiers, après avoir fait évaluer en argent le bien soumis à restitution ? La réponse négative nous paraît s'imposer (sur le lien nécessaire entre l'exécution sur les biens et l'engagement *personnel*, v. Planiol, II, N° 186, cf. *supra*, note 93 bis). Pourtant, si le propriétaire dépossédé était, de ce seul fait, *créancier* d'une obligation de livrer, il faudrait admettre l'affirmative.

contre le dépositaire se perpétue, alors que l'objet de remplacement est le même au regard des deux actions : la créance d'indemnité. Cette disparité d'explications pour deux actions parallèles, visant un même objet, ne doit pas choquer si l'on se rappelle que la subrogation réelle n'est qu'un procédé technique qui peut fort bien concourir avec d'autres pour obtenir des résultats identiques ou simplement voisins. L'action personnelle peut très bien devoir son existence à la subrogation réelle dont se passe l'action en revendication. Le renouvellement de cette dernière représente une technique concurrente qu'il importe de ne pas confondre avec la subrogation réelle, mais qui n'enlève rien à celle-ci de sa viabilité. D'autres techniques sont dans le même cas. Leur distinction renferme les conséquences les plus notables du principe de la conservation du droit dans son individualité. Ces conséquences méritent d'être soulignées.

3e POINT. — CONSEQUENCES DU PRINCIPE

528. — La conservation du droit dans son individualité, telle que nous venons de l'analyser, exclut, pour un même titulaire, la naissance d'un nouveau droit issu d'une source nouvelle. Autrement dit, la subrogation réelle est antinomique de toute novation due au changement d'objet. Ce trait fondamental permet de caractériser la technique de la subrogation réelle *en la distinguant de tous les procédés novatoires.*

Parmi ces procédés, certains constituent des techniques courantes ou du moins classiques. Aussi, leur comparaison avec la subrogation réelle, permet-elle de situer celle-ci dans l'ensemble de la technique. Telle est la conséquence la plus notable du principe de la conservation du droit dans son individualité. Nous la soulignerons notamment à l'égard de deux techniques classiques : la novation par changement d'objet et l'action de *in rem verso.*

I. — LA SUBROGATION REELLE ET LA NOVATION PAR CHANGEMENT D'OBJET

529. — Après les analyses précédentes, la différence entre la subrogation réelle dans les créances de corps certains et la novation apparaît avec une telle évidence qu'il suffit de la mentionner.

Lorsqu'une créance vise à l'obtention d'un corps certain, elle s'individualise tellement avec l'individualité physique de ce corps certain (cf. *infra*, N^{os} 650 et suiv.) que le changement

de cet objet impose la novation d'une façon beaucoup plus impérative que ne le font les changements de créancier, voire de débiteur (116). La tendance moderne à analyser la dation en paiement en une novation par changement d'objet, traduit fidèlement cette conception (117). Le changement d'objet emporte, à lui seul, création d'une obligation nouvelle (118).

La différence avec la subrogation réelle est patente. Celle-ci perpétue l'obligation ancienne et l'action qui la sanctionne. Ainsi, on peut voir dans l'article 1934 du Code civil une subrogation réelle dans la mesure où, en imposant au dépositaire auquel la chose a été enlevée par une force majeure de restituer le prix ou ce qu'il a reçu à la place, ce texte perpétue sur les objets de remplacement l'action en restitution que le déposant tient du dépôt, source originaire unique de son droit. Le lien de droit, créé par le dépôt, entre le déposant et le dépositaire subsiste dans son individualité. Cette technique est donc radicalement opposée à la novation. L'intérêt pratique de la différence apparaît aisément. Alors, par exemple, que dans la novation la créance nouvelle n'est point, en principe, assortie des sûretés réelles ou personnelles qui garantissaient la dette originaire (art. 1278 et suiv. du Code civil) (119), la survie de ces sûretés doit accompagner logiquement la conservation de l'ancienne créance par la subrogation réelle. Il est clair que la subrogation réelle comporte, par rapport à la novation, toutes les différences qui séparent la survie de l'action originaire de son remplacement par une nouvelle action.

530. — Sur le plan unique des droits de créance de corps certains, la subrogation réelle ne saurait donc se confondre avec les procédés faisant naître un nouveau droit, pourtant de même nature que l'ancien. *A fortiori*, la subrogation réelle ne doit-elle pas être confondue avec la naissance de nouveaux droits qui ne sont même pas analogues au droit ancien. Aussi, convient-il de rejeter la notion de « subrogation en créance » avancée par un auteur (120) qui propose de voir un aspect de la subrogation réelle dans la substitution d'un droit de créance à un droit réel (par exemple, lorsque sous le régime de communauté, la subrogation réelle

(116) Ainsi, la cession de créance conserve à la créance son individualité, cf. Pothier « c'est la *même* créance qui passe du cédant au cessionnaire » (obligations, N° 605), (cf. Planiol, II, N°s 391 et 392 et suivants).

(117) Cf. Aubry et Rau, III, par. 292, note 4, IV, par. 318, note 1 et par. 324, note 48 ; Planiol, II, N° 523.

(118) Cf. Planiol, II, N°s 547 et suivants, 523.

(119) *Op. cit.*, N° 550.

(120) Cf. Magnillat, « *La subrogation réelle* », thèse, Lyon, 1912.

ne peut s'accomplir au profit d'un propre, l'époux qui en est privé devient créancier de la communauté). La naissance d'un droit de créance peut, sur le plan économique, compenser en partie la perte du droit initial. Mais au point de vue technique, appliquer l'idée de subrogation réelle à ce phénomène plonge le concept de subrogation dans la plus complète confusion. Le droit initial n'est plus conservé ni dans son individualité, ni même dans sa nature. La novation est encore plus totale et plus profonde que dans le procédé traditionnellement désigné sous ce nom à propos des obligations. En effet, le droit nouveau ne naît même pas à l'occasion d'un simple changement d'objet, mais en raison directe de la perte du droit ancien ouvertement reconnue. Si on admettait cette théorie, il ne serait plus possible de distinguer la subrogation réelle, non seulement de la novation, mais encore de la responsabilité, ni de l'action *de in rem verso*.

Sur ce dernier point, une autre confusion à la fois plus savante et plus technique a été commise. Il convient d'y arrêter l'attention.

II. — DISTINCTION DE LA SUBROGATION REELLE ET DE L'ACTION *DE IN REM VERSO* PAR LEUR TECHNIQUE

531. — Nous avons déjà distingué la subrogation réelle et l'action *de in rem verso* par leur objet (cf. *supra*, N[os] 326 et suiv.). Il importe maintenant d'analyser les caractéristiques techniques propres à ces deux procédés. Or, il est notable que leur différence a été niée. Demogue, en effet, a cru pouvoir assimiler, voire confondre, la subrogation réelle et l'action de *in rem verso*, en identifiant la première à un mode d'exercice de la seconde. Il convient d'exposer cette opinion et de procéder à son examen critique.

A. — L'opinion de Demogue (121)

532. — Demogue rapproche la subrogation réelle de l'action *de in rem verso*, en distinguant deux hypothèses selon que le demandeur invoque un droit de propriété contre un possesseur ou une sûreté réelle à l'encontre des créanciers chirographaires de son débiteur.

Comme exemple concret de la première hypothèse, Demogue choisit celui de la pétition d'hérédité intentée par l'héritier véritable contre l'héritier apparent qui a valablement aliéné un bien héréditaire (cf. *supra*, N° 198) remplacé

(121) Revue critique, 1901, pp. 295 et suivantes.

entre ses mains par la créance du prix ou par un bien de remploi. Après avoir remarqué que le possesseur est tenu de rendre tout son enrichissement, Demogue remarque, que le meilleur moyen de parvenir à ce résultat, consiste à obliger le possesseur à restituer en nature tous les biens ayant pour origine le bien primitif. Une telle restitution ressortit à la fois à l'action *de in rem verso,* car les biens acquis en contre-échange représentent la meilleure évaluation de l'enrichissement (cf. *supra,* N° 327) et à la subrogation réelle que « rien n'empêche d'admettre ». Il y a bien alors identité entre les deux techniques. En effet, constate Demogue, « l'obligation *de in rem verso* ainsi comprise ne constitue plus une dette de somme d'argent, mais de corps certain et... la propriété se transférant par le seul effet des obligations (art. 1138 du Code civil) le demandeur prendra les biens acquis en remploi à titre de propriétaire. Il n'aura pas à souffrir de l'insolvabilité du défendeur. Il échappera à la loi du concours ». Tel est le résultat auquel conduit la subrogation réelle.

Demogue se montre plus nuancé sur l'assimilation des deux techniques lorsque le demandeur invoque un droit réel autre que la propriété, par exemple un privilège frappant initialement le bien aliéné. Il accuse ici le passage par l'enrichissement injuste et ne retrouve la subrogation réelle que sur le résultat final de l'action *de in rem verso.* Une règle, en effet, gêne Demogue pour admettre trop directement le droit réel de privilège sur le bien nouveau : c'est l'interdiction de créer des privilèges sans un texte légal. Les créanciers chirographaires le voudraient-ils qu'ils ne le pourraient pas. Il n'en reste pas moins que le créancier privilégié avait, sur le bien aliéné, une situation favorable détruite par des circonstances dont les créanciers chirographaires n'ont pas à profiter. Ils sont donc obligés, sur l'action dirigée contre eux, de lui concéder les mêmes avantages que s'il était privilégié. Certes, le créancier privilégié n'aura plus son privilège à ce titre mais *sur le prix* des biens aliénés, sous peine de s'enrichir indûment, les créanciers chirographaires devront lui laisser les mêmes droits que s'il était privilégié. « C'est ainsi, remarque Demogue, que par un détour, nous arrivons au résultat que l'équité impose. *Nous n'avons pas la subrogation,* le privilège ne passe pas sur un autre bien, mais pratiquement nous aboutissons au même résultat que s'il y avait eu subrogation » (122).

Et Demogue conclut sur un plan général : « En résumé, négligeant les détails, nous arrivons à une formule générale : lorsque, dans un intérêt de crédit, la loi admet qu'un droit

(122) *Op. cit.,* p. 301.

soit perdu pour son titulaire sans le consentement de ce dernier, celui-ci exerce alors un droit *analogue* sur les biens que l'aliénateur a acquis en échange ou en remploi du prix » (123).

Cette formule désigne les objectifs précis de la critique que la théorie de Demogue ne peut manquer d'attirer.

B. — Critique de l'opinion de Demogue

533. — Le système de Demogue a pour conséquence d'élargir le jeu de la subrogation réelle. Celle-ci, assimilée à l'action *de in rem verso*, se trouve affranchie des limites que lui assignait la théorie classique encore triomphante à l'époque où Demogue élaborait sa théorie (cf. *supra*, N° 23). La limitation de la subrogation aux universalités juridiques, son exclusion dans les titres particuliers (124), perd toute raison d'être. Cet affranchissement est vraisemblablement l'objectif recherché, l'explication théorique n'en étant que le moyen. Moyen ingénieux sans aucun doute, mais explication non satisfaisante, tout aussi sûrement.

Nous avons déjà dénoncé l'erreur qui consiste à reconnaître nécessairement le même objet à l'action *de in rem verso* et à l'action conservée par subrogation réelle. Il n'est pas exact que l'exercice du droit sur le bien de remplacement représente toujours, en droit positif, le moyen de remédier à l'appauvrissement du demandeur (cf. *supra*, N° 326 et suiv.). Mais en admettant même qu'il en soit ainsi, les techniques juridiques dont relèvent l'action *de in rem verso* et la subrogation réelle, sont essentiellement différentes. Pour déceler ces différences fondamentales, il suffit de se reporter à la conclusion générale de Demogue (cf. *supra*, N° 532 *in fine*) qui caractérise bien l'action *de in rem verso*, mais qui exprime exactement le contraire de l'analyse que nous avons faite de la subrogation réelle : le procédé qui consiste à remplacer un droit perdu par un autre droit analogue est un procédé novatoire et la subrogation réelle en est la négation.

Au demeurant, la confusion commise par Demogue entre les deux techniques est moins accusée à propos des privilèges qu'à propos de la revendication. Dans le premier cas, des traces de la distinction subsistent ; dans le second,

(123) *Op. cit.*, p. 302.

(124) Aussi, très logiquement, Demogue dénie-t-il tout rôle à la notion d'universalité juridique dans la subrogation réelle (rappr. *op. cit.*, pp. 360 et suivantes). Nous avons déjà souligné que Demogue est l'auteur moderne qui reconnaît à la subrogation réelle le jeu le plus large (cf. *supra*, N° 30).

la confusion est plus totale et ne peut être décelée que par une analyse plus stricte.

534. — Il est notable que, dans les privilèges, Demogue sauvegarde formellement le principe de la distinction entre la subrogation réelle et l'action *de in rem verso* puisqu'il déclare que les avantages reconnus au créancier privilégié sur le bien de remploi *ne constituent pas une subrogation réelle,* mais qu'ils conduisent aux mêmes résultats pratiques (cf. *supra,* N° 532 texte et note 122). Les réticences sont aussi équivoques que l'affirmation. Plus de clarté s'impose.

D'abord, il n'est pas exact que l'action *de in rem verso,* reconnue à l'ex-créancier privilégié, aboutisse aux mêmes résultats pratiques que ceux procurés par la subrogation réelle. Sur l'action *de in rem verso* dirigée contre lui, chaque créancier chirographaire doit abandonner à l'ex-créancier privilégié la part de ce qui lui revient dans la vente du bien ayant remplacé celui grevé du privilège. Or, l'ex-créancier privilégié n'est lui-même qu'un créancier chirographaire dans la réclamation qu'on lui permet ainsi d'intenter sur la base de l'action *de in rem verso* contre son co-créancier. Cette situation se fait particulièrement sentir, si ledit co-créancier est un failli. En ce cas, le syndic du failli ne peut abandonner à l'ex-créancier privilégié que de la « monnaie faillite ». Autrement dit, l'ex-créancier privilégié, produisant à la faillite du créancier chirographaire, n'obtiendra qu'un dividende. La subrogation réelle n'eût pas donné ce résultat. Le créancier privilégié aurait conservé son privilège sur le bien de remploi et il aurait bénéficié de son droit de préférence à l'égard de la faillite du créancier chirographaire. La différence pratique est d'importance. Demogue la reconnaît (125) et la présente comme une simple exception à l'identité des résultats. A la vérité, elle est symptomatique puisqu'elle met en lumière que l'action *de in rem verso,* au contraire de la subrogation réelle, ne conserve pas le droit réel de privilège. Il est illusoire de chercher à voiler la signification d'une telle différence. Faut-il en conclure que Demogue, en la signalant, a distingué les deux techniques également dans leur principe ?

On est de prime abord porté à le penser en rapprochant la différence pratique précédente de l'affirmation, plus théorique, selon laquelle, dans les rapports entre créanciers privilégié et chirographaire, « on n'a pas la subrogation réelle » mais seulement son équivalent. Mais si l'on recher-

---

(125) *Op. cit.*, p. 302, Demogue raisonne sur le cas des rapports entre le créancier bénéficiaire de la séparation des patrimoines et les créanciers personnels de l'héritier.

che la raison en vertu de laquelle Demogue a rejeté ainsi, en principe, la subrogation réelle, on trouve la règle « pas de privilège sans texte » (cf. *supra*, N° 532). Or, l'invocation même de cette règle implique une méconnaissance fondamentale du mécanisme de la subrogation réelle. Ce que la règle « pas de privilège sans texte » prohibe, c'est la création sans texte d'une *cause nouvelle* de préférence. La preuve en est que l'interdiction vise les privilèges au sens exact et général du terme, c'est-à-dire les droits que la *qualité de la créance* donne à un créancier d'être préféré à d'autres (cf. art. 2095 du Code civil) et qu'elle s'applique à tous les privilèges, même à ceux n'emportant pas de droit réel (125 bis). Lorsque le privilège, ainsi entendu, est en outre assorti d'un droit réel, la règle conserve la même signification : elle interdit la création d'un nouveau privilège, c'est-à-dire d'un privilège ayant une *source nouvelle*. Elle ne saurait donc, en aucune façon, s'opposer à la subrogation réelle puisque cette dernière, par essence même, conserve le privilège ancien, identifié par sa source originaire, et simplement transporté sur un objet nouveau. La raison qui pousse ainsi Demogue à ne pas admettre la subrogation réelle dans les privilèges, et du même coup à la dissocier de l'action *de in rem verso*, ressortit donc à une conception technique inexacte de la subrogation réelle. La dissociation ainsi prétendue n'est donc pas une distinction judicieuse entre les deux techniques. Bien au contraire, la méconnaissance du rôle conservatoire de la subrogation réelle invite à confondre celle-ci avec l'action *de in rem verso*. Et cette confusion est tout aussi inexacte que le principe dont elle procède ; l'action *de in rem verso* sanctionne un droit nouveau destiné à compenser la perte du droit ancien ; la subrogation réelle prévient cette perte en conservant le droit ancien, ce qui enlève toute raison d'être à l'action *de in rem verso*.

535. — La même confusion se retrouve appliquée au droit de propriété. Mais l'inexactitude se dissimule ici sous une assimilation plus intime avec l'action *de in rem verso*. Le détour par le jeu de l'article 1138 du Code civil pour identifier l'action *de in rem verso* et l'action conservée par la subrogation réelle (cf. *supra*, N° 532), trahit, en réalité, une confusion que révèle la comparaison des deux techniques. L'article 1138 vise, en effet, les obligations de donner, c'est-à-dire de transférer la propriété (126). Or, pour qu'il y ait

(125 bis) Comp. Planiol, II, N°s 2549 et suivants, 2586 et suivants.

(126) Cf. Planiol, I, N° 2590. Il est superflu de rappeler ici que, dans l'interprétation la plus correcte, cet artice déclare exécutée l'obligation de faire *traditio* historiquement consécutive à l'obligation de donner.

obligation de donner le bien nouveau, dans l'hypothèse envisagée, il faut que le possesseur ait été enrichi aux dépens du propriétaire (127). Et cet enrichissement du possesseur suppose la perte par le propriétaire de son droit de propriété. Le possesseur enrichi de la propriété du bien nouveau est, d'autre part, débiteur de cet enrichissement. L'action *de in rem verso* est un *remède* à cet enrichissement réalisé. Et c'est dans la mesure où la restitution du bien nouveau apparaît comme le meilleur moyen de remédier au déséquilibre, que l'obligation de rendre s'applique à ce bien. Mais le bien en nature n'est jamais, en principe, que l'objet d'une obligation née d'une source nouvelle : l'enrichissement du possesseur. Et la restitution en nature n'est jamais qu'une dation en paiement de cette obligation. C'est à ce stade seulement que l'article 1138 joue son rôle. Et il est clair que, dans ces conditions, le droit de propriété reconnu sur le bien nouveau au propriétaire du bien ancien est fondé sur une source nouvelle : la dation en paiement de l'obligation de restituer. Le mécanisme de l'action *de in rem verso* diffère donc essentiellement de celui impliqué dans la subrogation réelle, puisque, par cette dernière technique, le droit de propriété ancien doit être conservé sur le bien nouveau, sans que la fluctuation d'objet occasionne la naissance d'un nouveau droit. Dans cette mesure et pour cette raison, la subrogation réelle *prévient* l'enrichissement auquel l'action *de in rem verso remédie* (128).

L'intérêt pratique de cette analyse est en vérité considérable. Demogue affranchit (et tel est sûrement le but qu'il recherche) le mécanisme qu'il décrit, des entraves dans lesquelles le jeu de la subrogation réelle se trouve nécessairement et traditionnellement enserré, précisément parce que la subrogation conserve un droit ancien (cf. *infra* N^{os} 548 et s. et 589). Fondée sur l'enrichissement sans

---

(127) Il faut aussi que la valeur de ce bien représente le montant à restituer sur la base de l'action *de in rem verso*. Nous avons vu qu'il n'en est pas toujours ainsi (cf. *supra*, N^{os} 329 et suivants).

(128) Nous ne saurions trop souligner que les auteurs les plus récents qui ont étudié l'enrichissement sans cause aboutissent à ces mêmes conclusions. Pour la distinction entre *l'action* réelle et l'action *de in rem verso*, cf. Maury : *La notion d'équivalence*, thèse, *Toulouse*, 1920, II, p. 361. Pour la distinction plus générale encore entre la *subrogation réelle* et l'action *de in rem verso*, cf. Béguet : *L'enrichissement sans cause*, thèse, Alger, 1945, N° 110, note (55). Ce dernier auteur a résumé la différence entre les deux techniques en des termes auxquels nous ne pouvons que souscrire sans réserve : « l'action *de in rem verso* prend en considération un enrichissement aux dépens d'autrui réalisé ; elle constitue une voie de droit autonome consacrant une obligation nouvelle. La subrogation réelle fait obstacle à l'enrichissement aux dépens d'autrui en conservant un droit préexistant, source d'une action normalement attachée à lui ».

cause, la réclamation du bien nouveau procède d'un droit lui-même nouveau ; il ne faut pas s'étonner, qu'ainsi conçue, elle puisse fonctionner largement : nous avons vu qu'il en va de même chaque fois que la fluctuation est la source d'un nouveau droit (acquisition par un détenteur pour le compte du propriétaire, créance d'indemnité pour destruction ou perte de la chose) (cf. *supra,* N^{os} 522 et s.). L'ingéniosité du système de Demogue n'est pas niable, mais le procédé proposé n'est pas une subrogation réelle.

SECTION II

SIGNIFICATION DE LA CONSERVATION DU DROIT

536. — La conservation du droit dans sa nature et dans son individualité révèle les aspects caractéristiques de la nature intime de la subrogation réelle. Cette conservation telle que nous venons de l'analyser n'est, au fond, que l'utilisation de la technique juridique afin de perpétuer, dans toute la mesure permise par cette technique, la destination assignée à la valeur d'un bien. Autrement dit, la subrogation réelle n'est qu'un procédé de la technique juridique, il ne se justifie que par sa fin. L'analyse ne fait que démontrer un fait perceptible dès l'abord (cf. *supra,* N° 65).

Mais l'intérêt de cette analyse ne se borne pas à la confirmation d'une quasi-évidence. Elle permet de dégager toute la signification de cette conclusion et de porter un jugement de synthèse sur la subrogation réelle. Simple procédé technique, la subrogation réelle mérite d'être envisagée dans ses rapports, d'une part avec la nature des choses, d'autre part avec les habitudes techniques. Il est remarquable que ces deux questions, fort intéressantes en elles-mêmes puisqu'elles conduisent à préciser la nature de la subrogation réelle et à situer cette dernière dans l'ensemble de la technique en en dégageant les caractères fondamentaux, correspondent aux deux notions que l'on peut concevoir de la fiction. De fait, c'est sous cet angle qu'elles ont toujours été étudiées par la doctrine. En les examinant à notre tour (128

(128 bis) Nous négligerons la conception de la fiction présentée par Saleilles en 1894, cet auteur l'ayant lui-même abandonnée en 1903 (cf. *supra,* N° 25).

bis), nous serons amenés à apprécier au passage cette idée de fiction qui a jadis fort préoccupé les auteurs (cf. *supra,* N^os^ 6 et s., 25 et s.), mais qui, à la vérité, ne paraît guère commander aujourd'hui les solutions (cf. *supra,* N° 26) (128 ter). Quoi qu'il en soit, ces deux aspects de la subrogation réelle en assurent la compréhension. Ils présentent donc par eux-mêmes un intérêt primordial, et, seule l'analyse préalable de la conservation du droit permet de les mettre en lumière et de faire justice du même coup de certains jugements plus ou moins traditionnellement portés sur la subrogation réelle. Nous les examinerons donc successivement.

§ 1^er^. — La subrogation réelle et la nature des choses

537. — La subrogation réelle, analysée en un simple procédé technique, qui consiste à conserver un droit malgré le changement de son objet matériel, semble n'avoir aucune influence sur la nature des choses. Elle ne concerne que le droit conservé et non les choses matérielles substituées l'une à l'autre. Cette façon d'envisager le procédé a pourtant été méconnue traditionnellement, surtout par la théorie classique élaborée dans l'ancien droit. Il convient de rappeler ici cet aspect de la théorie classique et d'en faire la critique qui nous conduira à mettre au point les rapports entre la subrogation réelle et la nature des choses.

1^er^ POINT. — LA CONCEPTION CLASSIQUE

538. — La conception classique est fondée, à cet égard, sur l'idée de remplacement de choses beaucoup plus que sur celle de conservation d'un droit. Pour les auteurs classiques, la subrogation réelle consiste en une substitution d'un bien à un autre, non pas au regard d'un droit précis, mais en général, c'est-à-dire dans le patrimoine d'une personne. Nous avons déjà relevé la généralité et, par suite, l'imprécision des définitions classiques de la subrogation réelle (cf. *supra,* N^os^ 5 et 20). Il s'agit toujours d'un bien qui « tient lieu » de l'ancien (129) ou qui « prend sa place » (130), ou encore qui « revêt

(128 ter) V. un renouveau d'actualité donné à la notion de fiction, dans les travaux de l'Association, Henri Capitant, pour la culture juridique française, T. III, 1948, pp. 242 et 323.

(129) Cf. Denisart, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence* V° subrogation, N° 5.

(130) Renusson, *Traité des Propres,* chap. I, sect. X, Aubry et Rau, T. IX, § 575, p. 340.

sa nature juridique » (131). En un mot, la subrogation réelle transmet à un bien la ou les qualités d'un autre ; elle concerne les qualités *des choses* et non des droits.

Cette conception s'exprime d'ailleurs fidèlement dans l'adage « *subrogatum sapit naturam subrogati* » (132), c'est bien d'une chose prenant la « nature » ou tout au moins les « qualités » d'une autre qu'il s'agit. De fait, lorsque les auteurs classiques discutent des qualités transmises par subrogation réelle, lorsqu'ils distinguent les qualités intrinsèques ou extrinsèques, ou celles de *res universitatis,* c'est toujours aux caractères des choses qu'ils pensent (cf. *supra,* N^os^ 21 et 88, et *infra* N° 539).

Cette façon d'envisager la subrogation réelle entraîne logiquement deux conséquences que les auteurs classiques n'ont pas manqué de consacrer.

539. — D'abord, la subrogation réelle se ramenant, en principe, au remplacement plus ou moins indéterminé et en tout cas fort général, d'un bien par un autre dans un patrimoine, la transmission de telle ou telle qualité particulière se présente comme *un effet* du remplacement, c'est-à-dire de la subrogation réelle. Les auteurs classiques s'attachent d'abord au remplacement général d'une chose par une autre dans un patrimoine et ils en *déduisent* le transfert de certaines qualités du premier au second. S'il s'agit, par exemple, d'analyser la subrogation réelle dans les propres de communauté ou dans les biens dotaux, les auteurs classiques ne considèrent pas simplement la conservation du droit propre ou dotal, malgré le changement de son objet matériel, ils partent de l'idée, beaucoup plus générale et imprécise, que dans le patrimoine de l'époux ou de la femme, tel bien a remplacé tel autre. L'attribution *au bien* nouveau de la qualité de propre ou de bien dotal est une conséquence, un effet de ce remplacement ; cet effet s'impose dans la mesure où cette qualité s'appliquait au bien ancien. Il s'agit donc bien de la qualité d'une *chose* qui passe sur une autre, comme *conséquence* logique de la substitution d'une chose à l'autre (133).

(131) Denisart, *ibid,* Aubry et Rau, *ibid.*

(132) Cf. Merlin, « Il n'est rien de si rabattu, parmi les praticiens, que la maxime *subrogatum sapit naturam subrogati,* toute chose subrogée à une autre en a la nature et les qualités juridiques » (cf. Henry, p. 25). Cette conception est encore partagée par des auteurs récents. Elle est adoptée par M. Henry (thèse, pp. 112 et suivantes) et transparaît, par exemple, dans la critique même que Capitant adresse à l'adage « *subrogatum sapit naturam subrogati* » (cf. Rev. trimestr. Dr. civ., pp. 385 et suivantes, II). C'est toujours sous l'angle du remplacement assez large d'un bien par un autre, plus que de la conservation d'un droit précis, que la subrogation réelle est envisagée.

(133) Comp. Henry, *ibid,* notes infrapaginales.

Ainsi s'expliquent les difficultés que les auteurs classiques, et particulièrement les anciens auteurs, ont rencontrées pour préciser la portée exacte de ces effets (cf. *supra,* N^os^ 20 et 21).

Partant de l'idée très générale d'un remplacement de choses dans un patrimoine et non dans un droit précis, il fallait conclure, en principe, à l'attribution au bien nouveau de toutes les qualités de l'ancien. C'est bien pourquoi les auteurs classiques parlent si souvent de la « nature » juridique d'un bien revêtue par un autre bien (134), idée que l'on trouve dans l'adage « *subrogatum sapit naturam subrogati* », mais une telle conclusion se révélait excessive, tant par son imprécision rationnelle (cf. *supra,* N^os^ 5 et 20) que par son inexactitude normative. Il suffisait de se reporter au droit positif et à la réalité pour constater que *toutes* les qualités d'un bien ne passent pas à un autre par l'*effet* de la subrogation réelle. Les auteurs classiques ont donc dû se lancer dans la recherche d'un critérium de discrimination. Au lieu de s'inspirer du but que la subrogation réelle sert à atteindre et qui constitue toute sa raison d'être, les auteurs classiques se sont repliés sur une casuistique desséchante. Dans les universalités juridiques, la subrogation transmet la qualité de *res universitatis* (cf. *supra,* N° 21). Dans les titres particuliers, les auteurs classiques ont poussé un peu plus loin l'analyse en distinguant les qualités intrinsèques et extrinsèques des choses, les secondes seules se transmettant par l'effet de la subrogation réelle (*ibid.*). Mais si cette distinction aboutit à une conclusion précise à l'égard des qualités intrinsèques de meuble et d'immeuble, les qualités extrinsèques de bien propre ou de bien dotal, la confusion est demeurée entière dans l'ancien droit au sujet de la qualité de fief ou de rôture (*ibid*). Les auteurs classiques n'ont pu s'entendre sur le caractère extrinsèque ou intrinsèque de cette qualité. Cette confusion atteste la stérilité de la conception de base qui prétend rattacher à la subrogation réelle la transmission de qualités reconnues aux choses.

540. — La même conception de base apparaît très nettement dans une seconde conséquence exprimée par les auteurs classiques. Le remplacement général d'une chose par une autre entraînant l'attribution à la seconde des qualités de la première, la subrogation réelle ne peut être qu'une *fiction.* La nature fictive de la subrogation réelle est proclamée par tous les auteurs classiques (cf. *supra,* N° 7). Et, hormis Aubry et Rau, ces auteurs, qu'ils appartiennent à l'ancien droit

(134) Cf. notamment Aubry et Rau, § 575, p. 340 (rap. *supra,* N^os^ 5 et 20).

ou au droit postérieur au Code civil, ont de la fiction une notion qui se réfère à la nature des choses (cf. *supra,* N^{os} 9 et 10).

Il importe de remarquer que cette notion cadre très logiquement avec l'idée que les classiques se font de la subrogation réelle. Dès lors qu'ils admettent que la subrogation attribue à une chose les qualités d'une autre, ils y voient non seulement un remplacement de choses, mais une véritable transposition. Et cette transposition paraît d'autant moins naturelle que l'idée de remplacement général conduit à reconnaître, en principe, à ce remplacement une portée illimitée (cf. *supra,* N° 539).

Il est forcément contraire à la nature d'attribuer à une chose des qualités appartenant à une autre chose. C'est l'opinion que partage Merlin, par exemple lorsqu'il déclare : « On peut bien feindre qu'une chose est la même qu'une autre, mais on ne peut jamais réaliser cette identité » (135). L'idée de fiction est impliquée tout entière dans la conception classique fondamentale selon laquelle la subrogation réelle concerne les qualités des choses et non des droits. La nature ainsi reconnue à la subrogation réelle n'a donc que la valeur de cette conception de base. C'est cette valeur qu'il convient d'apprécier.

2^{e} *POINT. — CRITIQUE DE LA CONCEPTION CLASSIQUE*

541. — Il suffit de se reporter à l'analyse que nous avons proposée de la conservation du droit (cf. *supra,* N^{os} 487 et s.) pour apercevoir que notre compréhension de la subrogation réelle prend exactement le contre-pied de la conception classique.

Il convient ici de mettre en lumière les aspects caractéristiques de cette compréhension qui a dominé tous nos développements antérieurs.

L'importance majeure doit être, selon nous, accordée à l'idée de *conservation du droit.* Le remplacement d'un bien par un autre ne revêt, par suite, de signification qu'au regard du droit conservé. Le rôle du remplacement est secondaire par rapport à la conservation du droit à laquelle se ramène l'essence même de la subrogation réelle.

Les importances respectives de ces deux éléments fondamentaux (conservation du droit et fluctuation matérielle) se traduisent, du reste, dans la décomposition du mécanisme

(135) Merlin. *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* de Guyot, 5^{e} édition, T. 16, V° subrogation de choses. V. aussi Laurent, T. 9, N° 185, p. 232.

de la subrogation en deux rapports de droit. Le rapport juridique dans lequel s'accomplit la fluctuation matérielle nous a paru « accessoire » dans la mesure où il ne fournit que l'occasion de la subrogation réelle, laquelle se réalise par la conservation du droit elle-même dans le rapport juridique né de ce droit et que nous avons, pour cette raison, qualifié de « principal » (cf. *supra*, N^os^ 67 et 68).

Il ne faut donc pas attribuer au remplacement d'un bien par l'autre, une signification absolue et imprécise par sa généralité même. Ce remplacement a, au contraire, une valeur relative et très précise : il ne concerne *que l'objet d'un droit subjectif déterminé*. Autrement dit, dans l'expression subrogation « réelle », le mot *res* doit être pris beaucoup plus dans le sens d'*objet* d'un droit que dans celui de *chose*, plus général et plus vague. *La subrogation réelle n'est pas simplement un remplacement d'une chose par une autre, mais plus précisément le remplacement de l'objet d'un droit par un autre objet du même droit.*

Ainsi considérée, la subrogation réelle se ramène à la conservation d'un droit subjectif malgré le changement de son objet matériel.

Par suite, ce qui passe d'un objet sur l'autre, ce ne sont pas les qualités des *choses*, mais celles du *droit* à conserver. La subrogation réelle, conservation d'un droit quelconque, n'est qu'un procédé de la technique juridique. Elle demeure donc logiquement et nécessairement sans influence sur la nature des choses.

Cette conception ne répond du reste pas à une vue purement mécanique et arbitraire de la subrogation réelle. Elle se justifie, nous y avons insisté (cf. *supra*, N^os^ 411 et suiv., 477 et suiv.), par le but même de la subrogation qui est de conserver sur un bien nouveau la destination économique, sociale ou morale assignée à un bien ancien. La subrogation réelle, envisagée sur le plan technique, consiste dans la conservation d'un droit subjectif, parce que ce droit est le moyen de soumettre tel ou tel bien à une destination déterminée. Il est parfaitement normal que, désirant perpétuer cette destination, on choisisse, pour y parvenir, de conserver le droit par lequel cette destination se réalise sur le plan technique. Ainsi conçue, la subrogation réelle est en exacte concordance avec le but qu'elle sert à atteindre ; elle est justifiée ainsi en tant que procédé technique.

Telle que les auteurs classiques la conçoivent, elle n'a, au contraire, aucun fondement rationnel. Quelle serait la raison d'être de la substitution d'un bien à un autre, tellement générale et absolue que le bien nouveau prendrait les qualités de l'ancien ? Par sa généralité même, cette substitution servirait *toutes* les fins éventuelles. On

aboutirait, inévitablement, à l'imprécision et à l'inexactitude. Les auteurs classiques ont parfaitement senti que la subrogation réelle n'est pas un procédé bon à tout faire. C'est pourquoi ils ont essayé d'apporter une discrimination parmi les qualités transmises. Mais ils ne pouvaient parvenir à une solution parce qu'ils considéraient uniquement *les biens* (136). Pour trouver une raison d'être à la subrogation, il faut rechercher ses buts précis ; et ceux-ci sont indiqués par les *droits* qui portent sur les biens (cf. *supra*, N° 477) et non par les biens eux-mêmes. Le procédé technique, se trouvant ainsi littéralement dissocié de ses buts réels, était livré à lui-même sans critérium susceptible de l'éclairer.

L'échec des classiques était impliqué dans leur façon même d'envisager la subrogation. Aussi, sur le plan technique, ont-ils fait reposer la subrogation réelle sur une inexactitude. Il n'appartient pas, en effet, à un procédé technique de modifier la nature des choses. Et ils ont abouti à une confusion. Lorsque, par exemple, les auteurs classiques comparent les qualités intrinsèques et extrinsèques *des choses*, qui ne voit qu'ils mettent en parallèle des éléments incomparables ? Les qualités intrinsèques concernent bien, en effet, les choses elles-mêmes. Telles sont les qualités de meuble ou d'immeuble qui, sous réserve de certaines assimilations accessoires, dépendent effectivement de la nature (comp. art. 518 et suiv., 528 du Code civil). Telles sont également les qualités de biens corporels ou incorporels. Mais les qualités dites extrinsèques concernent en réalité *les droits* qui portent sur les choses. Les caractères dotal ou propre, sous le régime de communauté par exemple, sont en réalité des caractères du droit qui porte sur tel ou tel bien. C'est parce qu'on a l'habitude d'assimiler l'individualité des droits à celle de leur objet qu'on déclare le bien lui-même dotal ou propre de communauté, etc..., tout comme on parle de l'aliénation d'un bien pour dire qu'on a aliéné la propriété de ce bien. Le bien dotal n'est que l'objet du droit dotal de la femme, tout comme, par exemple, le bien compris dans une succession anomale est l'objet du droit de retour, ou comme le bien grevé de charge ou d'usufruit est l'objet du droit du bénéficiaire de la charge ou de l'usufruitier. Les auteurs classiques ont, du reste, senti la nuance en déclarant ces qualités « extrinsèques ». Ils entendaient par là qu'elles pouvaient se détacher du bien et étaient, par conséquent, à la différence des qualités intrinsèques, susceptibles d'être transmises par la subrogation réelle. Il eut fallu aller plus loin et déclarer que les qualités extrinsèques sont *seules* mises en question par la subrogation réelle, parce que seules elles concer-

(136) Sur l'importance de ces notions, au fond très objectives, dans la pensée juridique, cf. *infra*, N°s 547 et suivants.

nent vraiment les droits. En continuant, au contraire, à les attribuer au bien, les auteurs classiques se condamnaient à voir dans leur transmission un simple effet du remplacement (ce qui les lançait à la recherche vaine d'une limite apportée à ces effets) et dans le remplacement lui-même une fiction.

Ces deux points se résolvent très naturellement, le principe une fois admis que la subrogation réelle concerne les droits et non les choses.

542. — Il convient d'abord de remarquer que la conservation d'un droit subjectif, ou si l'on veut de certaines de ses qualités (comme les caractères propre ou dotal pouvant affecter le droit de propriété de la femme mariée) n'est pas un *effet* de la subrogation, mais la subrogation réelle elle-même. La subrogation réelle *consiste* dans la conservation d'un droit subjectif, parce que cette conservation est le moyen d'atteindre le but recherché qui est de perpétuer sur le bien nouveau la destination assignée au bien ancien. Toute idée de remplacement se trouve ainsi, dès sa conception même, limitée à l'objet d'un droit déterminé. Elle n'a de sens qu'au regard de ce droit. S'il s'agit, par exemple, d'analyser la subrogation réelle dans les biens dotaux, ou dans les propres de communauté, il ne convient pas de partir de l'idée, aussi inexacte qu'arbitraire et imprécise, de remplacement général et indéterminé dans le patrimoine de la femme ou de l'époux, pour en déduire la transmission de la qualité dotale ou propre au bien nouveau. Ce remplacement ainsi étendu ne signifie rien. Il ne revêt un sens qu'au regard de la conservation du droit dotal ou propre ; rien de plus. Ainsi limité, il sert à conserver l'intégrité en valeur de la dot ou des propres. L'unité de but confère à la subrogation réelle, dans chaque cas où elle est appelée à fonctionner, son unité technique. Mais alors il est clair que la conservation du droit dotal, ou du droit propre, n'est pas un « effet » de la subrogation ; elle est la subrogation elle-même dont la notion intime se précise en fonction de ses buts, ce qui est la justification raisonnable de toute technique.

Le problème de la délimitation des qualités transmises se trouve du coup résolu. La solution se rattache à un critérium net et compréhensif : le but recherché (cf. *supra,* N^{os} 488 et 489). L'analyse conduite en fonction de ce critérium nous a révélé que les règles de droit maintenues d'un bien sur l'autre, dans la mesure toutefois permise par la technique générale, sont celles qui constituent un droit subjectif déterminé, considéré dans sa nature et dans son individualité (cf. *supra,* Section I). Le but que ce droit permet d'atteindre lui confère une unité technique. La subrogation réelle, dans la mesure où elle vise à perpétuer ce but, se réalise naturellement par la conservation du droit subjectif considéré dans son unité.

Il s'ensuit donc que la *subrogation réelle ne réalise jamais que la conservation d'un droit subjectif précis.* L'identification de ce droit dans chaque cas particulier ne souffre pas de difficulté. Si la question se pose, par exemple, à propos de la revendication contre un possesseur de la créance du prix du bien vendu par ce possesseur, la subrogation réelle invoquée par le revendiquant concerne son droit de propriété et *ce droit seulement.* Est-ce un créancier hypothécaire qui réclame, par exemple, son paiement préférentiel sur une créance d'indemnité due au débiteur pour destruction du bien hypothéqué ? Il s'agit alors de subrogation réelle *dans le droit d'hypothèque* et rien de plus. Toujours, il s'agit de conserver les règles qui constituent un droit subjectif déterminé. Cette conservation s'explique et se justifie par le but qu'elle vise : perpétuer la destination de tel ou tel bien à son propriétaire, au créancier hypothécaire, etc... Et c'est également en fonction de ce but que nous avons dégagé le critérium propre à préciser la notion de subrogation réelle, lorsque la technique juridique s'oppose au passage de certaines de ces règles d'un bien sur l'autre (cf. *supra,* Section I, notamment N^os^ 495, 499 et 500).

Dans cette conception, la délimitation des effets de la subrogation ne se pose plus comme question indépendante. Elle est automatiquement résolue par la détermination de l'existence même de la subrogation. Et cette solution obéit à un critérium général souple et parfaitement compréhensif. Sa supériorité, à cet égard, sur la conception classique est fort notable. Les auteurs classiques, s'ils ont bien écarté de l'empire de la subrogation réelle les qualités dites « intrinsèques » (en vérité hors de question), n'ont pas fourni de critérium pour opérer une discrimination parmi les qualités dites « extrinsèques ». Là, pourtant, était tout le véritable problème. A la vérité, si on rattache la subrogation réelle à l'idée générale et objective de remplacement d'un bien par un autre dans un patrimoine, pour en déduire l'attribution au bien nouveau des qualités du bien ancien qu'il est susceptible de supporter, toute discrimination parmi ces qualités est vouée à l'arbitraire. Aussi bien, les auteurs classiques n'ont-ils jamais proposé de distinction rationnelle parmi les qualités dites « extrinsèques ». L'adage « *subrogatum sapit naturam subrogati* » est demeuré leur devise. Tout en sentant son exagération (137), ils ne sont jamais parvenus à en limiter la

(137) Du reste très confusément : cf. les définitions données *supra,* N° 5. Ainsi Renusson, partant de l'idée générale de remplacement, déclare que la chose nouvelle « est réputée avoir *une même qualité* » que l'ancienne. Il ne dit évidemment pas laquelle. Pothier pas davantage, lorsqu'il déclare que la chose acquise à la place d'une autre prend « sa qualité » (cf. Traité de la communauté, N° 197). Et Aubry et Rau sont peut-être plus précis lorsqu'ils limitent la subro-

portée. Il est clair, au contraire, que si on voit dans la subrogation réelle la simple conservation d'un droit subjectif précis justifiée par le désir de perpétuer les buts mêmes que ce droit permet d'atteindre, on aboutit à un principe rationnel, à la fois ferme et souple, de solution. Nous l'avons dégagé ainsi que ses applications (cf. *supra,* N^os^ 488, 490 et suiv.). Les qualités *du droit* à conserver sont celles qui réalisent la destination que l'on vise à perpétuer. Et ces qualités sont effectivement celles qui confèrent au droit subjectif son unité.

Il est aisé de saisir sur le vif, au moyen d'un exemple, la supériorité de cette conception. Prenons comme exemple la subrogation réelle dans les propres de communauté. L'analyse classique part de l'idée que le bien nouveau remplace, de façon générale et indéterminée, le bien ancien dans le patrimoine de l'époux. L'effet de cette substitution est l'attribution au bien nouveau de la qualité extrinsèque de propre de communauté, qui s'appliquait à l'ancien. Mais aucune raison ne limite valablement l'effet de la subrogation réelle à cette qualité. Supposons que le bien ancien, en même temps qu'il était propre de communauté, fût grevé d'hypothèque. L'idée de substitution générale d'un bien à l'autre dans le patrimoine de l'époux, comportant la transmission des qualités extrinsèques devrait conduire à la transmission de la qualité de bien hypothéqué, tout autant qu'à celle de bien propre. Cette conclusion serait non seulement erronée, mais absurde. Donner, par exemple des articles 1407 et 1434 du Code civil, une explication n'excluant pas d'elle-même et naturellement la transmission des hypothèques revient à fausser la réalité. Rien pourtant dans l'analyse classique du mécanisme de la subrogation réelle ne la condamne. Son inanité apparaît, au contraire, en toute évidence si l'on voit dans la subrogation réelle la conservation d'un droit précis répondant à un but déterminé. La subrogation dans les propres de communauté consiste dans la conservation d'un bien sur un autre du *droit propre* de l'époux, réalisée dans le but d'assurer un équilibre entre les masses de biens en présence sous le régime de communauté (cf. *supra,* N^os^ 431 et suiv.). Cette subrogation n'a rien à voir avec celle qui s'accomplit éventuellement à l'occasion de la même fluctuation, dans le droit des créanciers hypothécaires de l'époux. La subrogation dans le droit d'hypothèque répond au désir de perpétuer la destination en valeur du bien hypothéqué au créancier hypothécaire. Alors

---

gation au droit de propriété (encore qu'ils continuent à affirmer que la chose nouvelle revêt la « nature juridique » de l'ancienne, ce qui diminue singulièrement leur précision) mais certainement pas plus heureux, car cette limitation est parfaitement arbitraire. Les auteurs classiques sont manifestement à la recherche d'une réalité dont ils sentent par intuition certains aspects, mais qui leur échappe dans son fondement et dans son ensemble.

que la subrogation dans le droit propre garantit les intérêts de l'époux, celle qui conserve l'hypothèque sauvegarde ceux du créancier. A deux buts étrangers l'un à l'autre, obéissent deux techniques distinctes, c'est-à-dire deux subrogations réelles rigoureusement indépendantes l'une de l'autre. Toutes les difficultés auxquelles les classiques se trouvaient acculés par leur conception de base se trouvent ainsi naturellement mises hors de question.

Dans la subrogation ainsi comprise, il est clair que seules certaines règles de droit, déterminées en fonction de leur but, sont en cause. Cette idée fondamentale conduit à résoudre le second problème qui lui est rattaché : celui de la fiction considérée tout au moins par rapport à la nature des choses.

543. — Les auteurs classiques étaient conduits à l'idée de fiction par leur analyse de la subrogation réelle en une transmission des qualités imparties à un bien (cf. *supra*, N° 540). Cette conclusion perd tout son sens si on voit dans la subrogation la conservation d'un droit dont seul l'objet change. Ainsi conçue, la subrogation n'est qu'un procédé technique dont l'empire ne dépasse pas le domaine purement technique du comportement des droits dans des circonstances données. En soi, ce procédé n'est plus fictif que n'importe quel autre. Le caractère fictif de la subrogation réelle, par rapport à la nature des choses, est inconcevable en l'état précisément des rapports de cette technique avec la nature. Ces rapports peuvent s'exprimer en deux points : d'une part, la subrogation réelle est sans influence sur la nature des choses, d'autre part, elle s'incline éventuellement devant cette nature. Et ce sont là deux traits qui caractérisent tout procédé technique.

a) *D'abord, la subrogation réelle ne modifie pas la nature des choses.*

Nous avons vu que la subrogation ne transmet, ou plutôt ne conserve, d'un bien sur un autre, que des règles de droit choisies en raison de leur but. Or, on ne voit pas pourquoi l'existence de ces règles serait plus fictive sur le bien nouveau que sur l'ancien. Déclarer que le bien nouveau, dans la mesure où il représente l'ancien (cf. *supra*, 1re partie, titre II, chapitre 1er) sera en ses lieu et place frappé du droit de propriété du revendiquant, du droit propre de l'époux, du droit dotal de la femme, du droit d'hypothèque du créancier, etc... ne change manifestement rien à la nature des choses. Il ne s'agit là que de régler le comportement de tel ou tel droit en l'état du changement de son objet matériel. Cette opération relève de la seule technique juridique et demeure sans influence sur la nature physique de l'objet nouveau. Cet ob-

jet peut, aussi bien que l'ancien, être propre, dotal, hypothéqué, etc... sans que la nature soit, si peu que ce soit, intéressée à l'opération.

Et c'est précisément pourquoi les auteurs classiques, en attribuant ces qualités aux biens et non aux droits, les déclaraient extrinsèques, c'est-à-dire susceptibles de se dissocier de tel ou tel bien. Mais ils commettaient, au fond, un illogisme lorsque après leur avoir reconnu ce caractère, ils voyaient une fiction dans leur attribution à un autre bien. Précisément, dans la mesure où elles étaient considérées comme extrinsèques, ces qualités auraient dû pouvoir être transmises d'un bien à l'autre sans que leur nature même en fût méconnue et, par conséquent, sans qu'aucune fiction fût nécessaire. La remarque de Merlin : « On peut bien feindre qu'une chose est la même qu'une autre, mais on ne peut jamais réaliser cette identité » (cf. *supra*, N° 9) n'avait de sens qu'au regard des qualités dites « intrinsèques », les seules qui fussent vraiment inhérentes aux choses par leur nature (telles les qualités mobilières ou immobilières, corporelle ou incorporelle). Mais les auteurs classiques reconnaissaient que ces qualités ne se transmettaient pas par la subrogation réelle (cf. *supra*, N^{os} 20, 21 et 539). De fait, les véritables qualités naturelles des biens demeurent propres à chaque bien et échappent à l'empire de la subrogation réelle. Il n'appartient pas à un procédé technique et à l'autorité compétente pour l'utiliser, de faire d'un meuble un immeuble. Ces qualités sont imposées par la nature et nul ne peut les changer.

Il arrive, certes, que le législateur lui-même, lorsqu'il applique par exception à un meuble des règles qui, d'habitude, sont réservées aux immeubles répute le meuble « immeuble » (138). Il procède alors, selon ses propres termes, à une

(138) *Cf. le décret du 15 janvier 1808* (art. 7), permettant l'immobilisation des actions de la Banque de France, réalisée par une mention faite sur le registre d'inscription des actions. Cette « immobilisation » consistait simplement à soumettre les actions au même régime que celui appliqué aux immeubes au point de vue des formes et conditions des aliénations et des droits dont les actions étaient susceptibles. *La loi du 12 juillet 1941* sur la reconstruction des immeubles endommagés par faits de guerre (art. 24, al. 6 à 8), s'était référée à ce régime pour « immobiliser » les créances des sinistrés contre les associations syndicales qui avaient acquis les immeubles endommagés, en vue de réaliser un remembrement foncier. Cette « immobilisation » visait à garantir sur cette créance, jusqu'à la cession au sinistré d'un nouvel immeuble, les droits des tiers qui grevaient l'immeuble primitif. *La loi du* 28 *octobre* 1946 (art. 32) sur la réparation des dommages de guerre enfin, attribue au droit à l'indemnité de reconstruction le caractère mobilier ou immobilier du bien sinistré. Là encore, cette « immobilisation » éventuelle vise à conserver au maximum les situations juridiques qui existaient par rapport au bien sinistré en appliquant au meuble de remplacement toutes les règles d'habitude réservées aux immeubes, mais qui, bien entendu, peuvent

« immobilisation » qui paraît bien être fictive. Il ne faut pas se leurrer sur ces expressions. Ce qui est fictif c'est l'*explication* que le législateur s'avise de donner du procédé auquel il recourt, et non le procédé lui-même. La *règle,* elle, pour si inhabituelle qu'elle soit, est parfaitement réelle en tant que telle. S'il s'agit, par exemple, d'appliquer à un meuble les règles de l'hypothèque, fût-ce par subrogation réelle, on aboutit à une hypothèque mobilière qui, par elle-même, n'a rien de fictif, car le meuble ne perd pas, de ce fait, ses qualités naturelles. Il en va de même lorsque, comme c'est le cas pour la loi du 28 octobre 1946 sur la réparation des dommages de guerre, « l'immobilisation » vise plus généralement à appliquer à un meuble le maximum de règles habituellement réservées aux immeubles. Seule est fictive l'image à laquelle le législateur s'avise de recourir pour expliquer ce résultat. Une telle explication, dont l'autorité n'excède, du reste, pas celle d'une opinion doctrinale, trahit en réalité une tendance intellectuelle conservatrice, aussi forte que spontanée, à rattacher les innovations ou les phénomènes exceptionnels aux habitudes traditionnellement admises. On peut voir là un autre aspect, beaucoup plus psychologique, de la fiction, nous le rencontrerons plus loin (cf. *infra,* N° 550).

Il importe ici de se rendre compte que ce mode de pensée ne modifie pas la réalité. Le procédé qui consiste à soumettre un meuble au régime habituellement appliqué aux immeubles, pour inusité qu'il soit, ne modifie en rien la nature des choses. Par rapport à cette nature, il n'existe dans la règle de droit elle-même aucune fiction. Et le fait que cette règle doive son existence à la subrogation réelle n'altère pas cette conclusion : la subrogation n'a rien changé à la nature des choses.

Bien au contraire, c'est le phénomène inverse qui se conçoit. La subrogation, si elle ne modifie pas la nature, s'incline éventuellement devant elle. Et ce second aspect de ses rapports avec la nature des choses, mérite, autant que le premier, d'être souligné.

b) *La subrogation réelle peut être conditionnée par la nature des choses.*

Nous avons vu que certaines modifications dans les prérogatives rattachées au droit subjectif conservé, sont compatibles avec la notion de subrogation réelle (*supra,* Section I).

---

très bien selon la nature des choses régir les meubles. V., par exemple, l'application à la cession de l'indemnité de la rescision pour lésion des 7/12 (cf. Lorient, 6 décembre 1949, J.C.P. 1950, II, 5270).

Or, ces modifications sont précisément souvent imposées par la nature des choses. Ainsi, la substitution d'un meuble à un immeuble entraîne des modifications souvent appréciables du droit de propriété (cf. *supra,* N° 493) ou du droit de la femme dotale (*supra,* N° 494). Dans ce dernier cas, le régime d'indisponibilité se trouve restreint malgré la subrogation réelle. Une remarque analogue s'impose à l'égard du droit de suite qui assortissait les droits réels grevant l'immeuble ancien, et qui est pratiquement supprimé sur le bien nouveau si celui-ci est un meuble corporel (art. 2279 du Code civil). D'une manière générale, l'opposabilité du droit peut se trouver restreinte ou étendue par la différence de nature physique entre les biens ancien et nouveau (cf. *supra,* N° 500). Tout le problème, dans toutes ces modifications, est de préciser le concept de la subrogation réelle. Et il en est ainsi justement parce que la subrogation, loin de modifier ou d'ignorer la nature des choses, lui est, au contraire, fidèlement subordonée. Elle en suit les exigences et s'efforce de se réaliser dans les limites que lui assignent la nécessaire concordance entre la technique juridique et la nature des choses. Elle ne saurait modifier ni l'un ni l'autre.

Et, lorsque cette concordance n'est pas possible, la subrogation réelle ne s'accomplit pas. Ainsi, si la subrogation devait conduire au maintien d'une hypothèque sur un meuble corporel, elle ne pourrait s'accomplir, sans le secours du moins d'une décision spéciale qui établirait alors une hypothèque mobilière. Il n'appartient pas à la subrogation réelle de modifier le régime hypothécaire tel que la technique juridique l'a organisé. Et il appartient encore bien moins à la subrogation d'assimiler un meuble à un immeuble. Un tel rôle est simplement inconcevable. Même une décision spéciale législative serait impuissante à réaliser cette assimilation si, par hasard, la nature des choses s'opposait à l'applition au meuble de la règle auquel on prétend le soumettre.

La subrogation réelle s'accomplit donc dans la mesure permise par la nature des choses et la technique générale. En cas d'obstacle imposé par ces deux notions conjuguées, la subrogation est impossible. A cet égard, elle n'est jamais fictive.

544. — La position essentiellement subordonnée de la subrogation réelle par rapport à la nature des choses souligne son caractère fondamental de simple procédé de la technique juridique. L'envisageant désormais uniquement sous cet aspect, il reste, pour en prendre une connaissance complète, à en dégager les caractères fondamentaux.

§ 2°. — Caractères techniques fondamentaux de la subrogation réelle

545. — Après les développements précédents, un point paraît certain : la subrogation réelle, simple conservation de droits subjectifs divers et sans lien entre eux, ne jouit d'aucune autonomie. Autrement dit, elle n'est pas une institution distincte. Ce point mérite d'être rappelé et souligné à cette place. Il restera, après l'avoir fait, à situer la subrogation réelle dans l'ensemble de la technique qu'elle utilise.

1er POINT. — LA SUBROGATION REELLE NE FORME PAS UNE « INSTITUTION » JURIDIQUE AUTONOME

546. — La notion de conservation du droit, telle que nous l'avons analysée, montre clairement que la subrogation réelle s'accomplit dans les droits subjectifs les plus divers. On peut affirmer qu'il existe autant de subrogations réelles possibles que de droits subjectifs permettant l'appréhension de biens matériels. La subrogation réelle n'est rien d'autre que l'aménagement particulier de ces droits dans le cas où leur objet matériel change.

C'est pourquoi elle ne constitue pas une institution juridique autonome. La subrogation n'est pas, à elle seule, un ensemble de règles positives originales formant une technique homogène subordonnée à un but général rigoureusement constant. Ce rapport de subordination adéquate entre un but et une technique spécialement créée pour l'atteindre, qui caractérise l'institution juridique (cf. *infra,* N° 624), est ici absent. D'abord, parce que il n'existe pas, entre les buts de la subrogation réelle dans tous les différents cas où elle fonctionne, d'unité véritable (cf. *supra,* N°s 410 et s.). Ensuite, dans chacun de ces cas, il n'existe pas non plus de technique propre constituée par des règles distinctes pour l'obtention du but recherché. Loin d'être un corps de règles autonomes et concrètes, la subrogation réelle se ramène, au fond, à une simple abstraction, un simple langage désignant *une façon d'utiliser des règles qui par elles-mêmes lui sont exogènes* et qui ont été créées pour fonctionner normalement hors des hypothèses où la subrogation est appelée à jouer. C'est ce que l'analyse de la conservation du droit révèle ou plutôt confirme, car cette conclusion concorde exactement avec la constatation que nous avons mise à la base de la technique de la subrogation : la destination en valeur emprunte, pour se réaliser, une technique qui ne lui est pas adaptée, car elle

est essentiellement matérialiste. Et la subrogation n'est que le fruit de cette discordance, c'est-à-dire un moyen d'appréhender une valeur individualisée à l'aide de cette technique matérialiste. Ce moyen consiste à conserver un droit subjectif dont l'objet matériel change (cf. *supra,* N^{os} 480 et s.). Et comme chaque droit subjectif se comporte selon des règles qui lui sont propres sans lien général avec les règles régissant les autres droits, comme d'autre part, la fluctuation d'objet matériel réalise une hypothèse le plus souvent exceptionnelle, il était normal que l'analyse de la conservation de ce droit ne révélât point l'existence d'une institution juridique véritable.

Ainsi apparaissent, dans toute leur signification, les modifications que la fluctuation d'objet impose souvent dans la conservation du droit. Il n'est pas toujours possible, nous l'avons vu (cf. *supra,* N^{os} 487 et s.), de conserver l'intégralité des règles formant un droit subjectif. Certaines disparaissent nécessairement. Pourtant, elles jouent souvent un rôle important dans la réalisation de la destination à perpétuer. Ces imperfections contredisent, certes, la logique interne de la subrogation réelle, car elles obéissent à des considérations étrangères dictées par la technique générale. La subrogation ne doit pas moins les souffrir, car sa logique propre ne peut prévaloir contre cette technique générale. C'est pourquoi, par exemple, la subrogation d'un meuble à un immeuble dotal est concevable malgré la diminution importante de l'indisponibilité dotale qu'entraîne cette substitution (cf. *supra,* N° 494). Nous avons, de même, rencontré des atteintes imposées par la technique générale à la conservation de la propriété (cf. *supra,* N° 493) ou des droits réels (*supra,* N° 500) sans que le concept même de la subrogation doive être, pour autant, exclu. Tant que la technique générale permet d'atteindre l'essentiel du but recherché par la subrogation, la notion de celle-ci est sauve. Lorsque, au contraire, ce résultat minimum ne peut être atteint, le concept de subrogation réelle s'estompe : il n'est plus possible de le reconnaître.

Toutes ces servitudes imposées du dehors à la subrogation sont dans la ligne de sa notion même de simple *utilisation* d'une technique étrangère normalement montée pour d'autres fins. La subrogation réelle dont le dynamisme n'est pas niable puisqu'il est imposé par des buts incontestablement désirables (cf. *supra,* Titre I) doit donc se faire tolérer dans sa réalisation par une technique plus ou moins accueillante mais toujours sollicitée. Et quand elle parvient à s'y frayer un chemin, elle y demeure strictement insérée au

point de s'y diluer. C'est ainsi conçue qu'il nous faut maintenant la situer dans l'ensemble de la technique juridique qu'elle utilise.

2e POINT. — LA SUBROGATION REELLE DANS L'ENSEMBLE DE LA TECHNIQUE JURIDIQUE.

547. — Un fait, d'ordre psychologique, mérite d'être noté. La subrogation réelle est l'objet, de la part de la doctrine juridique française, d'un réflexe très général, qui la réserve aux hypothèses exceptionnelles. On ne songe à l'invoquer que dans des cas inhabituels. Cette attitude ne procède sans doute pas d'une analyse réfléchie. Elle tient plus du réflexe que du jugement. Aussi, ne se manifeste-t-elle qu'occasionnellement et de façon assez diffuse. Elle n'est pas moins remarquable. Qu'on se reporte aux réactions doctrinales, jurisprudentielles, voire législatives devant les manifestations diverses de la subrogation réelle et l'on sera convaincu de la tendance générale à considérer que, dans les conditions normales du comportement des droits, la subrogation réelle n'a pas à intervenir.

Cette attitude peut s'expliquer *a priori* par le fait généralement exact que la fluctuation de l'objet matériel des droits subjectifs réalise un événement anormal dans le comportement de ces droits. Quand un droit se voit assigner un objet matériel déterminé, c'est pour le garder et non pour en changer. Si cette constatation élémentaire est à l'origine de la place marginale réservée à la subrogation réelle dans la pensée juridique, il faut reconnaître que la pensée dépasse le fait, car même lorsque la fluctuation d'objet entre dans la ligne des prévisions courantes, ce qui arrive tout de même parfois, la subrogation réelle ne vient pas à l'esprit à propos de cette fluctuation ; on éprouve le besoin de se reporter à des fluctuations voisines, mais relativement exceptionnelles, pour songer à la faire intervenir. Cette démarche est particulièrement évidente en matière de sûretés réelles. L'organisation de ces sûretés comporte la prévision normale et même essentielle d'une fluctuation dans l'objet du droit réel de garantie. Cette fluctuation se réalise par la saisie et la mise en vente du bien grevé, afin d'assurer au créancier garanti un paiement préférentiel sur le prix de cette vente. Le transport du droit réel de garantie du bien initialement grevé, sur son prix de vente constitue donc le but et toute la raison d'être des sûretés réelles. Or, il est caractéristique qu'on ne songe pas à voir dans ce transport sur le prix de vente une subrogation réelle. Il faut qu'une autre fluctuation

beaucoup plus anormale survienne comme, par exemple, la destruction accidentelle du bien suivie d'une allocation d'indemnité, pour qu'on se décide à voir dans l'attribution de cette indemnité aux créanciers garantis selon leur rang, une subrogation réelle (139). Et lorsqu'au cours d'une étude spécialement appesantie de cette question, de rares auteurs s'avisent de songer que l'attribution du prix de vente lui-même réalise, au fond, le mécanisme de la subrogation réelle, c'est pour l'indiquer en passant, sans y attacher d'importance, et dans le seul dessein d'y trouver un argument d'analogie propre à expliquer de la même façon, plutôt que par les idées de cession ou de délégation légale, l'attribution des indemnités (140).

Qu'il s'agisse là d'une atmosphère psychologique créée autour de la subrogation réelle, beaucoup plus que d'une analyse strictement rationnelle, c'est ce qu'attestent les réflexions d'auteurs, éparses dans la doctrine, soulignant les progrès que doit encore accomplir la subrogation réelle, pour s'implanter dans un droit où elle n'a pas encore vraiment acquis droit de cité. Ainsi, Planiol remarque incidemment que notre droit « s'achemine » vers l'idée d'une subrogation réelle qui substituera entièrement l'indemnité d'assurance à la chose assurée, mais que son évolution sur ce point n'est pas encore assez avancée pour que nous puissions donner, sans texte spécial, la même solution, par exemple en matière de rapport à succession (141).

En quoi donc peut consister cette évolution pour d'aucuns désirable, mais non encore accomplie ? Attend-t-on une consécration législative de plus en plus fréquente de la subrogation ? Peut-être ; mais en partie seulement, car le législateur ne peut jamais tout prévoir et les cas seront toujours nombreux où une subrogation désirable sera privée de l'appui d'un texte. En réalité, ce que les auteurs comme Planiol attendent, c'est une pénétration plus grande de la subrogation réelle dans les mœurs juridiques, rendant possible la mise en œuvre de ce procédé chaque fois que son résultat pratique le justifiera. Au demeurant, ce désir ne soulève pas seulement une question de fonctionnement de la subrogation (cf. *infra*, Chap. II), il suppose aussi et, même

(139) Cette attitude est particulièrement typique chez Capitant. Rev. trimestr. 1919, pp. 385 et suivantes, § IV. Cet auteur ne songe à la subrogation réelle du prix à la chose dans les privilèges et hypothèques qu'en cas d'aliénation d'immeubles par destination ou de matériaux de démolition, mais non dans le cas ordinaire et courant de saisie et d'adjudication du bien hypothéqué.

(140) Cf. Henry, thèse, p. 296 ; A. Besson, note, J.C.P. 1941, II, 1720 (rapprocher *infra*, N° 689).

(141) Cf. Planiol, III, N° 2280, rapprocher Demogue, note s., 1924. 1. 337, § II.

d'abord, une ouverture plus large de la technique au concept même de la subrogation réelle. Le premier aspect du problème (celui du fonctionnement) ne fait que souligner l'intérêt pratique du second. Or, cet accueil plus favorable, cette insertion plus large de la subrogation au sein de la technique juridique, sont-ils possibles ? Les réactions traditionnelles ne sont-elles qu'affaire de psychologie, d'habitude ? ou trahissent-elles, au contraire, un désaccord peut-être confusément senti mais réel, fonctionnel, entre le mécanisme de la subrogation et les notions qui président à l'organisation, de la technique juridique ? Telle est la question qui doit nous arrêter quelque peu.

La réponse en est rendue facile par l'analyse que nous avons faite de la conservation du droit. Cette réponse tient en deux points. La subrogation réelle est un procédé généralement en désaccord avec les conceptions techniques traditionnelles ; mais elle est parfois assez largement utilisée dans des institutions juridiques particulières. Ces deux points méritent d'autant plus l'attention qu'ils paraissent bien être tous deux méconnus.

I. — LE CONCEPT DE LA SUBROGATION REELLE CHOQUE GENERALEMENT LES CONCEPTIONS TECHNIQUES TRADITIONNELLES

548. — Il est un point qui dans nos développements antérieurs a pu, à cet égard, donner l'éveil. Nous avons vu, en analysant la conservation du droit de propriété dans son individualité à l'encontre d'un possesseur, que cette conservation était concevable seulement si la fluctuation de l'objet avait été réalisée par le possesseur pour son propre compte. Ainsi, on ne peut parler de subrogation réelle sur le prix de vente ou sur le bien de remploi, que si le possesseur a vendu la chose comme si elle était à lui, et, s'il a remployé le prix en une acquisition effectuée en son propre nom (cf. *supra,* N^os^ 520 et s.). La subrogation réelle consiste alors à laisser le propriétaire reprendre le bien nouveau sur la simple preuve de l'existence de la propriété sur le bien ancien et sans que le possesseur ait à *céder* au renvendiquant la créance du prix de vente, ou le bien de remploi. Une telle reprise va à l'encontre de l'effet relatif des conventions. Du moment que le possesseur a vendu, *pour son compte,* la chose du propriétaire, les principes normaux ne conduisent qu'à deux solutions : ou on reconnaît au propriétaire un droit de suite sur son bien, ce qui conduit à faire jouer, entre le possesseur vendeur et l'acquéreur, la nullité de l'aliénation de la chose d'autrui (cf. *supra,* N° 193), ou on dénie au propriétaire ce droit de suite dans des conditions que nous avons étudiées

(cf. *supra*, N^os^ 194 et s.) et alors on doit considérer le possesseur comme seul vendeur et, par conséquent, comme seul créancier de l'acquéreur. Le même raisonnement vaut exactement pour une éventuelle acquisition en remploi. Le possesseur vendeur peut être déclaré responsable envers le propriétaire ; il peut, également, être tenu envers le propriétaire du montant de son enrichissement sur la base de l'action *de in rem verso*. Mais aucune de ces techniques ne rend le propriétaire du bien aliéné titulaire de la créance du prix contre l'acquéreur, ou propriétaire du bien acquis en remploi, en vertu de son seul droit de propriété sur le bien ancien (rapp. *supra*, N° 535). Or, en ce résultat réside précisément la subrogation réelle. Elle s'inscrit donc en faux contre les principes courants.

Il est particulièrement notable que c'est refoulée dans ce domaine marginal et anormal que la notion de la subrogation réelle revêt une suffisante précision. Dès sa conception même, la subrogation se trouve donc située au cœur d'une anomalie.

Mais celle que nous venons de signaler est la moindre qui mérite l'attention. En ne se plaçant plus sur le plan de l'effet relatif des actes accomplis par le possesseur, et en analysant le phénomène sous l'angle strict de la conservation du droit du propriétaire, on découvre que la subrogation impose, de l'individualité de ce droit, une conception aussi insolite qu'originale. Et cette conclusion ne vaut pas seulement pour le droit de propriété ; elle s'étend aux autres droits.

549. — A deux reprises déjà, nous avons été amenés à démontrer que la subrogation réelle met en œuvre une conception *subjective* de l'individualité des droits, en ce sens qu'on ne peut parler de conservation d'un droit subjectif qu'à l'égard d'un même titulaire et en la fondant, pour ce titulaire, sur une source unique, le changement d'objet étant considéré comme sans influence sur l'individualité du droit (cf. *supra*, N^os^ 214 et s. et N° 515). Or, cette conception ne concorde pas avec celles traditionnellement admises dans notre technique juridique. Nous avons déjà rencontré ce désaccord en étudiant la fluctuation d'objet (cf. *supra*, N^os^ 212 et 213). Il convient de le rappeler à cette place, en l'envisageant sous l'angle plus général de la technique de la subrogation réelle.

Il ne paraît pas douteux que les conceptions techniques ancrées dans la pensée juridique traditionnelle individualisent les droits par leur objet. C'est ce qui apparaît clairement dans l'analyse de la transmission des droits (cf. *supra*, N° 213). Cette conception objective est particulièrement

nette à l'égard du droit de propriété. Malgré l'opinion soutenue par certains auteurs, du reste sur un plan surtout philosophique (cf. *supra,* N° 213 texte et note 18), l'aliénation *d'une chose* emporte, en réalité, celle de la *propriété* de cette chose (142). Le droit de propriété suit la chose ; il s'individualise avec elle et par elle, quel que soit son sujet actif. C'est ce que révèle, indépendamment de toute considération philosophique, le droit positif. A cet égard, en présence d'une aliénation déterminée, deux situations seulement peuvent se présenter : ou le propriétaire initial conserve son droit de suite sur la chose aliénée (par exemple, par un possesseur) et en ce cas, l'acquéreur n'a pas acquis la propriété de la chose ; ou le propriétaire n'a pas, ou n'a plus le droit de suite, l'acquisition est alors maintenue, l'acquéreur est devenu propriétaire alors que le précédent propriétaire a perdu son droit. C'est en ce sens qu'on peut bien dire que le droit de propriété a suivi la chose, puisque, par le seul effet de la convention (143), l'acquéreur est devenu propriétaire au moment même où le précédent propriétaire a cessé de l'être. C'est du reste sur ce phénomène que s'appuie l'un des sens donnés à la notion de perpétuité du droit de propriété ; ce droit est perpétuel en ce sens qu'un bien quelconque étant pratiquement toujours la propriété de quelqu'un, le droit de propriété dure autant que son objet lui-même (144). En tout cas, que le précédent propriétaire perde son droit de suite tout en conservant son droit de propriété initial reporté sur un autre bien, comme cela se produit dans la subrogation réelle, voilà qui est parfaitement insolite.

Ce qui est vrai du droit de propriété l'est également des autres droits réels. En présence d'une aliénation de l'usufruit, par exemple, de deux choses l'une : ou le précédent usufruitier garde son droit de suite à l'encontre de l'acquéreur, lequel alors n'a pas acquis l'usufruit ; ou le précédent usufruitier n'a pas ou n'a plus de droit de suite, il a alors perdu son usufruit qui est effectivement passé à l'acquéreur. Ici encore, c'est celui qui a droit à la chose qui a le droit subjectif considéré dans son individualité. Mais que l'usufruit étant considéré comme acquis par une autre personne, le précédent usufruitier le conserve néanmoins par devers lui, de telle sorte qu'il puisse l'exercer sur un autre bien, est un phénomène en contradiction manifeste avec les conceptions courantes. C'est pourtant exactement ce que postule la subrogation réelle. Une remarque analogue peut encore être faite à l'égard des droits de créance de corps certain. A cet égard, aucun droit de suite ne saurait, en principe, être invoqué

(142) Cf. Ripert et Boulanger, I, N° 2859.
(143) Cf. *ibid.*
(144) *Op. cit.*, N° 2725.

par le créancier. Si, pour une raison quelconque, le bien, objet du droit de créance, ne peut plus être réclamé par le créancier, celui-ci est considéré comme ayant perdu son droit. Cette façon d'envisager le droit de créance correspond à la tendance moderne signalée en doctrine (145) qui, dans une obligation considère surtout son objet. Ce qui donne à une dette son individualité, c'est la nature de la chose due. Les sujets peuvent en changer sans que l'obligation perde son individualité, elle est simplement cédée. Mais l'objet dû ne peut pas changer sans que la dette soit novée. C'est pourquoi la dation en paiement s'analyse aujourd'hui en une novation par changement d'objet (146). Au regard d'une telle conception la subrogation réelle est finalement aussi insolite qu'à l'égard des droits réels, puisqu'elle suppose une survie du droit de créance à la disparition de son objet.

Ainsi, sur un plan très général, le concept de la subrogation réelle se dresse en antithèse des conceptions techniques courantes. Selon ces dernières, les droits subjectifs considérés dans leur individualité « suivent la chose » sur laquelle ils portent, en ce sens qu'ils passent nécessairement à ceux qui reçoivent cette chose. Ce phénomène se retrouve fidèlement si on l'envisage par rapport au titulaire initial. Pour cette seule personne la perte de la chose, par destruction, aliénation, etc., entraîne normalement la perte du droit qui porte sur cette chose. Et si un bien nouveau apparaît, il ne peut normalement être l'objet que d'un droit nouveau. C'est précisément tout le contraire qu'impose le concept de la subrogation réelle puisque, ignorant le fait qu'une autre personne ait pu valablement acquérir le droit, il considère celui-ci comme conservé sur un bien nouveau, au regard du titulaire initial. Si on veut résumer l'antinomie en des axiomes synthétiques plus frappants, on peut dire que la technique juridique courante est caractérisée par la formule : « autant d'objets, autant de droits », alors que la subrogation réelle en consacre le contraire : « deux objets, un seul droit ». La première formule est indifférente à l'individualité du titulaire ; elle est objective. La seconde ne vaut que pour un même titulaire ; elle est subjective, et c'est à l'égard de ce titulaire qu'il convient de la compléter par cette autre formule : « une seule source, un seul droit » (rapp. *supra,* N° 515).

La contradiction ne saurait être plus nette. Pour l'éviter il faudrait ou considérer que le concept de la subrogation réelle s'accommode de la naissance d'un nouveau droit (ce qui équivaudrait à lui enlever toute précision technique et à

(145) Cf. Planiol, II, N° 523.
(146) *Ibid ;* cf. *supra,* N° 529.

obscurcir singulièrement le sens de sa mission véritable (cf. *supra*, N° 516), ou assigner au droit un objet constant constitué par la valeur et non par les objets matériels (ce qui serait tout aussi contraire à la technique classique, et constituerait de surcroît un non-sens au regard du concept même de la subrogation réelle). Nous avons déjà démontré l'impossibilité de ces échappatoires (cf. *supra*, N°s 216 et 217) qu'il nous suffit de rappeler ici. Il faut donc admettre le caractère anormal de la subrogation réelle dans notre technique juridique. Cette anomalie, vue sous l'angle de la conception subjective de l'individualité des droits, ne représente du reste qu'un aspect de la discordance fondamentale que nous avons relevée à la base même du problème technique de la subrogation réelle. La subrogation n'est rien d'autre qu'un moyen d'appréhender une valeur individualisée, à l'aide d'une technique matérialiste (cf. *supra*, N°s 483 et s.). L'individualisation des droits subjectifs par leur objet n'est qu'une expression, au demeurant fort typique, du matérialisme de la technique juridique générale. Et la conception subjective de cette même individualité, est nécessairement impliquée par l'appréhension d'une valeur, c'est-à-dire de deux objets successifs, cette appréhension n'ayant naturellement de sens qu'au regard d'un même titulaire. La contradiction entre la technique de la subrogation réelle, et les conceptions traditionnelles n'est donc ni accidentelle, ni secondaire. Elle dérive de l'analyse essentielle du concept de la subrogation et se présente à ce titre comme logiquement nécessaire.

550. — Il est, dès lors, aisé de discerner la signification profonde de la réserve dont est empreint l'accueil traditionnellement ménagé à la subrogation réelle, notamment par la théorie classique. Cette réserve reflète simplement sur le plan psychologique une réalité technique confusément mais fortement ressentie. Et il est permis d'être sceptique sur les possibilités d'un revirement intellectuel rapide, opéré spécialement en faveur de la subrogation réelle. Une claire compréhension de celle-ci suppose, en effet, une rupture avec des notions et des méthodes au fond très habituelles. Or, il est difficile de réformer des habitudes surtout lorsqu'elles paraissent très satisfaisantes sur un plan général et n'offrent guère d'inconvénient qu'à l'occasion d'un procédé purement technique auquel on n'a jamais, à tort ou à raison, accordé jusqu'à présent une importance majeure. A cet égard, deux faits nous semblent constituer les deux principaux obstacles à une admission franche et consciente de la subrogation réelle dans notre technique juridique : d'une part, la conception objective de l'individualité des droits est ancrée dans la pensée

juridique ; d'autre part, les méthodes de cette pensée sont fort peu enclines à l'admission des concepts inusités.

a) Que la conception objective de l'individualité des droits soit ancrée dans la pensée juridique, c'est ce dont il n'est guère possible de douter. Nous l'avons rencontrée nettement exprimée à propros des droits de créance (cf. *supra,* N° 549 texte et note 145). Elle prévaut, *a fortiori,* à l'égard des droits réels et éclate particulièrement à propos du droit de propriété. Comme ce droit est le plus complet qui puisse porter sur une chose, on arrive à l'identifier avec cette chose elle-même, et, aliéner la propriété qu'on a sur une chose, équivaut à aliéner cette chose (cf. *supra,* N° 213). De même, on parle couramment d'hypothèque grevant un immeuble, alors que, dans une stricte analyse, l'hypothèque grève la propriété de cet immeuble, tout comme elle peut, du reste, grever un autre droit réel immobilier (146 bis). Dans le même esprit, on parle de « bien » propre, ou dotal, alors que ces qualités concernent, en réalité, le droit de propriété de l'époux ou de la femme sur ce bien. Cette façon de considérer les biens à travers les droits qui portent sur eux est absolument courante et, il faut le reconnaître, généralement justifiée. Aussi paraît-elle toute naturelle.

C'est exactement cette façon habituelle d'envisager les rapports entre les droits et leur objet que l'on retrouve dans l'analyse doctrinale de la subrogation réelle. Non seulement les auteurs classiques, mais encore les plus récents (comme par exemple M. Henry ou Capitant) font reposer la subrogation sur l'idée de remplacement général et indéterminé d'un bien par un autre dans un patrimoine (cf. *supra,* N° 538 texte et note 132). Et la distinction classique des qualités intrinsèques et extrinsèques *des choses* (cf. *supra,* N° 539) n'est, au fond, rien d'autre qu'une expression de la conception objective appliquée à la subrogation réelle. Sans doute, le terme même « d'extrinsèque », appliqué à certaines qualités, atteste que les auteurs classiques ont fort bien senti que ces qualités pouvaient se détacher des choses. Il n'en reste pas moins qu'ils ont continué à les attribuer aux choses. Cette simple attribution, à elle seule, exprime clairement leur habitude de ne voir les droits qu'à travers les choses sur lesquels ils portent.

Et c'est précisément cette attitude d'esprit qui empêche de comprendre vraiment la subrogation réelle. Pour réaliser cette compréhension, une rupture avec les habitudes les plus profondes et les plus justifiées, sur le plan général, s'impose. Il faut, par un relativisme très éclectique considérer qu'un droit peut parfaitement être tenu pour aliéné avec son objet,

(146 bis) Cf. Planiol, II, N^{os} 2701 et 2721.

sur un plan général et notamment au regard de l'acquéreur, tout en demeurant au profit du précédent titulaire, de telle sorte qu'il puisse porter sur un nouveau bien afin de soumettre ce bien à une même destination dans l'intérêt de ce titulaire. Autrement dit, il est nécessaire d'insérer une conception subjective de l'individualité des droits, dans les cadres généraux d'une conception objective, d'admettre qu'une même fluctuation entraîne des réalités juridiques différentes selon qu'on la considère sous l'un ou l'autre de ces angles.

La pensée juridique, par la discipline à laquelle elle est accoutumée, se révèle-t-elle encline à un tel relativisme ?

b) Il ne paraît guère possible de compter sans réserve sur une réponse affirmative. Le rôle joué par la notion de *fiction,* en général, et spécialement dans la théorie de la subrogation réelle est, à cet égard, très significatif.

L'idée de fiction ne se conçoit pas seulement par rapport à la nature des choses. Nous avons remarqué que chez Aubry et Rau, par exemple, la fiction de la subrogation réelle doit s'entendre dans le sens d'une technique inhabituelle (cf. *supra,* N° 11). Or, cette conception de la fiction, très finement dégagée par certains auteurs (147), est singulièrement révélatrice d'une démarche courante de la pensée juridique. La représentation, la rétroactivité, la maxime *infans conceptus...,* pour ne prendre que quelques exemples courants de « fictions », ne sont rien d'autre que des résultats techniques qui choquent, par leur caractère relativement exceptionnel, des principes considérés comme fondamentaux, selon lesquels les actes juridiques n'ont d'effet qu'à l'égard de leurs auteurs, à partir du moment où ils sont accomplis et dans la mesure où lesdits auteurs sont doués de la personnalité juridique. Plutôt que de reconnaître objectivement et simplement que ces principes habituels reçoivent une exception dans telles circonstances, à telles conditions et dans telle mesure, on préfère considérer les circonstances réelles comme n'étant pas ce qu'elles sont exactement et comme remplissant les conditions habituellement requises alors qu'elles ne les remplissent pas. Ainsi, plutôt que de dire simplement qu'un enfant peut être titulaire de droits dans la mesure de ses intérêts, s'il est déjà conçu et sous la réserve qu'il naisse viable, on préfère le considérer *comme s'il* était déjà né. Un raisonnement analogue est appliqué à la représentation. On pourrait se borner à ramener cette technique au double fait que l'acte accompli par le représentant est étranger au patri-

(147) Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé,* chap. V, pp. 238 et suivantes (v. aussi Saleilles, note S. 1894. 2. 185 et Henry, thèse, pp. 98 et suivantes, 377).

moine de ce représentant, mais produit par contre des effets dans le patrimoine du représenté à la condition, par exemple, qu'il existe un mandat entre ces personnes et dans la mesure de ce mandat. Mais comme on tient à marquer le principe général selon lequel un acte juridique a effet dans le patrimoine de celui qui conclut cet acte, et seulement dans ce patrimoine, on préfère déclarer que tout se passe *comme si* le représenté avait agi lui-même. Nous avons déjà rencontré une illustration de cette façon de raisonner en étudiant la fiction par rapport à la nature des choses ; plutôt que de reconnaître simplement l'existence exceptionnelle d'une hypothèque mobilière, on préfère attribuer « fictivement » le caractère immobilier au meuble (cf. *supra,* N° 543, a). Toutes ces « fictions » ne sont rien d'autre que des résultats techniques, non pas tellement nouveaux comme on l'a dit (148), mais exceptionnels ; et elles procèdent d'une tendance conservatrice de la pensée juridique à transposer l'inhabituel dans l'habituel. On mesure, dès lors, combien cette tendance peut trouver, dans la subrogation réelle, une occasion de se manifester. Et il n'est guère étonnant que la subrogation ait toujours été envisagée à travers la conception objective de l'individualité des droits, qui ne pouvait que l'obscurcir.

Sans doute, comme nous l'avons déjà remarqué (cf. *supra,* N° 543), la fiction, telle que nous venons de l'analyser, ne concerne-t-elle que l'*explication* des règles et non les règles elles-mêmes. Il est fictif de considérer que le représenté a agi lui-même, que tel meuble est un immeuble, qu'un enfant conçu est déjà né, qu'un bien a la qualité d'un autre, etc. Mais ce ne sont là que des images plus ou moins heureuses. Il est, par exemple, assez heureux de traduire l'idée de représentation par la fiction d'une intervention personnelle et directe du représenté à l'acte juridique. Cela permet de respecter le principe général de l'effet relatif des actes juridiques et rend un compte fidèle de la différence essentielle qui existe entre un représentant et un tiers par rapport au représenté. Il est, en revanche, beaucoup moins heureux de considérer, dans la subrogation réelle, que le bien nouveau emprunte la nature ou les qualités de l'ancien (cf. *supra,* N^{os} 541 et s.). Peu importe, au fond, la valeur de ces expressions, tant qu'on n'y voit que des images. Les règles, elles, par elles-mêmes, sont en tout cas douées d'une réalité technique indubitable. La règle selon laquelle les actes accomplis par un représentant n'ont pas d'effet dans son patrimoine, mais en produisent, au contraire, dans celui du représenté, constitue une réalité technique ; le législateur,

(148) Cf. Saleilles, *op. cit.*

les contractants n'ont pas à feindre en l'établissant. De même, le transport de certaines règles de droit d'un bien sur un autre, en vertu de la subrogation réelle, est doué d'une réalité exclusive de tout mensonge. La loi ou les particuliers, dans la mesure où ils sont compétents, n'ont pas à feindre pour décider la subrogation réelle. Seule l'image (du reste fausse), selon laquelle un bien emprunte les qualités d'un autre, évoque la fiction. Mais cette image n'est qu'une explication qui n'enlève rien à la réalité de la règle. Sans doute, tout cela est-il très vrai et la fiction ainsi conçue n'a-t-elle aucun fondement rationnel. Il n'en reste pas moins que, sur le plan psychologique, le recours à ces images est singulièrement révélateur de la démarche empruntée par la pensée juridique. Et cette démarche n'est pas l'apanage de la seule théorie classique. Qu'on se reporte aux témoignages les plus récents, tel l'article 32 de la loi du 28 octobre 1946 (cf. *supra*, note 138), et l'on sera convaincu que si le mot « fiction » a perdu aujourd'hui sa faveur de naguère, la méthode de raisonnement qu'il recouvrait demeure toujours vivante. Un tel état de la pensée juridique ne crée guère de prédisposition favorable à la compréhension de la subrogation réelle, telle qu'elle nous paraît indispensable pour accueillir franchement ce procédé dans la technique juridique.

551. — Il semble qu'on doive voir, dans cette situation, la raison profonde de l'échec auquel a abouti la théorie moderne. Il ne suffit pas de désirer l'émancipation d'une technique désirable, de plaider systématiquement la cause de la subrogation (149), pour la faire triompher, alors qu'on n'indique pas ce qui choque profondément en elle et qu'on ne démontre pas la viabilité de ce concept, si inusité soit-il. Bien au contraire, les auteurs modernes qui ont le plus étudié la subrogation adoptent eux-mêmes des positions fondamentales contraires aux conceptions imposées par l'analyse de cette technique et, par conséquent, les plus défavorables à l'émancipation qu'ils désirent (150). Les auteurs classiques sentaient beaucoup mieux la réalité profonde des choses en manifestant leur réserve à l'égard de ce procédé qu'ils trouvaient, à juste titre, insolite. Et la jurisprudence ne s'y est pas trompée. Faute d'une clarification doctrinale lui permettant de mesurer la portée et le sens exacts d'une admission plus large de la subrogation réelle, elle s'en tient, très généralement, encore aujourd'hui, à la réserve de la théorie classique (cf. *supra*, N° 63).

Quelle évolution de notre système juridique attendent donc

(149) Cf. Henry, thèse p. 2.
(150) *Op. cit.* pp. 112 et suivantes.

les auteurs modernes ? Serait-ce un abandon des conceptions objectives de l'individualité des droits ? S'il en était ainsi, leur attente serait assez vaine. Mais il n'en est rien. Les auteurs modernes sont bien loin d'avoir révélé le désaccord entre le concept de la subrogation et les idées techniques courantes. L'évolution qu'ils souhaitent se ramènerait simplement à une faveur toute psychologique accordée à la subrogation dont l'acclimatation se traduirait, de façon concrète, par une consécration expresse plus fréquente doublée d'une interprétation jurisprudentielle extensive. Or, la première condition de ce fonctionnement plus souple et souvent plus heureux est précisément une prise de conscience plus nette de ce qui choque intuitivement dans la subrogation réelle. Seule, cette mise en lumière de la subrogation sous son jour véritable est susceptible de faire mesurer la portée exacte des obstacles techniques qu'elle peut rencontrer et de négliger parmi les obstacles ceux qui, à l'analyse, s'avèrent chimériques.

Le désaccord profond entre la subrogation réelle et la technique courante, ne peut qu'engendrer une méfiance bien compréhensible, mais excessive, par la confusion même dans laquelle cette réalité est demeurée et, avec elle, le concept de la subrogation. Une consécration expresse plus fréquente de la subrogation réelle ne saurait suffire à dissiper les équivoques fondamentales. Elle contribuerait, certes, à familiariser les esprits avec cette technique, mais elle serait impuissante, à elle seule, à dissiper la réserve intuitive qui existe à son encontre. Ce résultat ne peut être atteint que par une meilleure compréhension. Et celle-ci acquise, une utilisation plus aisée de la subrogation même sans le secours d'une décision expresse, s'avérerait possible. La condition primordiale d'une émancipation de la subrogation est donc une clarification de sa notion. C'est seulement cette clarification apportée, qu'il est possible de montrer la viabilité de cette notion et de convaincre que son désaccord avec les idées traditionnelles est parfaitement tolérable.

Car il ne s'agit naturellement pas, pour donner droit de cité à la subrogation réelle dans notre système juridique, de renoncer aux conceptions objectives de l'individualité des droits. Le simple relativisme que nous avons indiqué (cf. *supra*, N° 550, a) suffirait. Et si ce relativisme n'entre guère dans les habitudes, il n'en est pas moins viable par lui-même. Il est parfaitement admissible de considérer un droit comme acquis par un tiers au regard de ce tiers, et comme subsistant chez le précédent titulaire, mais sur autre bien au profit de ce titulaire. C'est seulement la coexistence de deux droits exclusifs *sur un même bien* au profit de deux titulaires distincts qui serait contradictoire. Mais consi-

dérer qu'une même fluctuation fait acquérir un droit à une personne sur un bien déterminé, tout en laissant subsister ce droit sur un autre bien au profit de l'aliénateur, prouve simplement qu'on n'envisage pas l'individualité de ce droit de la même façon au regard de l'acquéreur et de l'aliénateur. Alors que pour l'acquéreur l'acquisition du droit consacre les conceptions objectives traditionnelles, la conservation de ce même droit au profit de son précédent titulaire relève d'une conception subjective. Et il est très normal d'adopter concurremment ces deux conceptions techniques dès lors qu'elles répondent à des buts distincts et que chacune d'elles est douée d'une cohérence interne.

Les consécrations, tout de même nombreuses, de la subrogation réelle, prouvent du reste cette viabilité. Et, parmi ces consécrations, certaines sont, à cet égard, particulièrement éloquentes : ce sont celles qui utilisent la subrogation réelle pour améliorer, voire pour assurer le fonctionnement d'une institution juridique déterminée. Ainsi limitée à cette institution, la subrogation perd de son caractère insolite ou choquant et se présente sous un jour plus familier. Cet aspect de la subrogation dans notre technique n'a pas retenu les auteurs. Il nous paraît pourtant fort digne d'intérêt.

II. — LA SUBROGATION REELLE EST PARFOIS UTILISEE DANS UNE INSTITUTION JURIDIQUE DETERMINEE

552. — Le caractère dérogatoire de la subrogation réelle par rapport aux conceptions techniques traditionnelles et générales ne doit pas conduire à des conclusions par trop restrictives.

Il convient d'abord de remarquer que la subrogation réelle s'inscrit sur la liste des techniques assurant l'appréhension des valeurs dont les auteurs modernes ont souligné les progrès (151). Il est dans la ligne de cette évolution, d'accentuer le rôle joué par la valeur des biens au détriment de leur matière, comme objet de droits. Par suite, les conceptions objectives de l'individualité des droits, s'attachant moins à la matière, se trouveront beaucoup mieux disposées à accueillir la subrogation réelle. Il faut toutefois se garder, à cet égard, d'anticipations hâtives. Les valeurs individualisées ne sont pas encore aujourd'hui appréhendées en elles-mêmes et les auteurs modernes font, pour le moins, figure de prophètes sur ce point (rapp. *supra*, N° 484).

(151) Cf. Henry, thèse, pp. 379 et suivantes ; Demogue, note S. 1924. 1. 337 et suivantes.

En revanche, dans le domaine des réalités présentes, on peut constater que la subrogation réelle est assez souvent utilisée comme une pièce technique, plus ou moins importante, d'institutions juridiques déterminées. Elle représente, alors, un procédé consacré par l'habitude d'un fonctionnement courant, excellente illustration de sa compatibilité avec la technique générale.

553. — On peut citer comme premier exemple de subrogation institutionnelle celle qui contribue au fonctionnement de certains régimes matrimoniaux, comme le régime de communauté et le régime dotal. Cette subrogation est devenue d'un usage courant, pour assurer l'équilibre entre les masses de biens que ces régimes matrimoniaux mettent en présence (cf. *supra,* N°s 431 et 437) ; et son étude est aujourd'hui devenue classique (cf. *infra,* N°s 667 et s. et 682).

Cette subrogation réelle peut paraître *a priori* assez peu choquante par rapport aux conceptions objectives de l'individualité des droits. En cas d'aliénation, par exemple, d'un bien propre ou dotal, cette qualité ne saurait, en effet, se transmettre à l'acquéreur à l'égard duquel elle n'a aucun sens. La qualité propre ou dotale ne peut concerner que l'époux ou la femme qui aliène un de ses biens. Il paraît donc assez normal qu'elle soit en quelque sorte « retenue » par l'époux qui aliène, pour être éventuellement transférée sur un nouveau bien.

En réalité, la subrogation réelle choque, ici comme ailleurs, la conception objective de l'individualité des droits. Ce qui est frappé de la qualité propre ou dotale en vertu du contrat de mariage, c'est le droit de propriété de l'époux ou de la femme sur tel bien. Or, au moment de l'aliénation, ce droit de propriété est aliéné avec le bien sur lequel il porte. Selon les conceptions objectives, la qualité qui l'affectait devrait donc, au regard de l'époux aliénateur, être éteinte elle aussi. Or, par la subrogation réelle cette qualité affecte le droit de propriété acquis sur le nouveau bien ; et elle puise alors sa source, non pas dans l'acquisition, mais bien dans le contrat de mariage (152). La qualité propre ou dotale marque donc, en réalité, la survie du droit propre ou dotal *originaire* dans toute la mesure exigée par la conservation des valeurs propres ou dotales. Cette subrogation réelle consacre bien une conception subjective de l'individualité des droits. Et le fait qu'elle paraisse normale et naturelle prouve simplement qu'on est habitué, dans les régimes matrimoniaux, à cette technique qui sert à perpétuer l'intégrité en valeur des propres ou de la dot. Ce but

(152) Cf. la juste remarque de M. Nast dans Planiol et Ripert, IX, N° 1060, note 2 (rapprocher *supra,* N° 516).

institutionnel, strictement limité au régime matrimonial, justifie clairement une conception technique elle aussi limitée à cette institution.

554. — L'exercice du droit de préférence, reconnu au créancier titulaire d'une sûreté réelle, offre un exemple encore plus significatif de pénétration de la subrogation réelle dans la technique juridique. On a beaucoup discuté sur la nature et la portée de l'attribution aux créanciers hypothécaires ou privilégiés, des indemnités dues pour destruction de la chose grevée d'hypothèque ou de privilège (cf. *infra*, N° 689). Mais l'exercice normal du droit de préférence sur le prix de vente de l'immeuble n'a fait l'objet d'aucune analyse approfondie (cf. *supra*, N° 547). Cet exercice normal constitue, pourtant, la base de la question. Or, il représente un cas fort notable de subrogation réelle institutionnelle.

Que l'exercice du droit de préférence constitue une subrogation réelle c'est ce dont on ne peut douter après l'analyse que nous avons faite de la notion de conservation du droit. Le créancier hypothécaire jouit, sur la créance du prix, des prérogatives caractéristiques du droit d'hypothèque qui portait sur l'immeuble. Le droit de préférence est la marque du droit réel qui grevait le bien vendu. Et le rang auquel le créancier vient dans la distribution du prix est celui que lui confère la date d'inscription de l'hypothèque. Cette date, avec celle de la constitution, donne au droit réel du créancier, son individualité qui se retrouve sur la créance du prix. L'exercice du droit de préférence met donc en présence de la conservation sur la créance du prix, du droit d'hypothèque considéré dans sa nature et dans son individualité. Cette conservation est exactement celle à laquelle se ramène la subrogation réelle telle que nous l'avons analysée (cf. *supra*, Section I).

Et, comme toute subrogation réelle, elle consacre une conception subjective de l'individualité du droit conservé. La perpétuation du droit d'hypothèque sur la créance du prix n'a, en effet, de sens qu'au regard du créancier qui en est titulaire. C'est au profit de ce créancier et pour lui assurer son droit de préférence que l'hypothèque grevant la propriété de l'immeuble se transporte sur la créance du prix. Mais cela n'empêche pas l'acquéreur de l'immeuble d'acquérir la propriété pleine et entière, sans aucune réserve de l'hypothèque au profit du créancier. A son égard, l'adjudication vaut purge de l'hypothèque sur l'immeuble (153). L'adjudicataire acquiert donc la propriété entière y compris l'hypothèque qui la grevait. Toutes les hypothèques en lesquelles la propriété avait été démembrée du chef du précédent pro-

(153) Cf. Planiol, II, N°s 3091 et 3432.

priétaire se réunissent entre les mains de l'adjudicataire. Ainsi, lorsqu'on admet que l'hypothèque subsiste au profit du créancier hypothécaire sur la créance du prix et à l'encontre des autres créanciers du débiteur on consacre une conception subjective de l'individualité de l'hypothèque : c'est par son sujet actif et par sa source que l'hypothèque s'identifie et non plus par son objet, comme cela était, jusqu'au moment de la mise en vente. Mais à l'égard de l'acquéreur c'est, au contraire, une conception objective qui prévaut puisque cet acquéreur reçoit et centralise la pleine propriété de l'immeuble y compris le droit réel d'hypothèque. Entre ses mains, ce droit réel a suivi l'immeuble et s'est réuni à la pleine propriété.

Cette subrogation réelle, présentant les caractères habituels à cette technique tels que nous les avons analysés, se signale, au demeurant, par deux particularités notables.

La première concerne la conception même du droit de préférence. Cet avantage, reconnu au créancier hypothécaire, est le but même de toute l'institution que constitue la sûreté réelle. La subrogation réelle, à laquelle se ramène le droit de préférence, est tellement intégrée à l'institution dont elle fait partie qu'elle en constitue le centre vers lequel toutes les autres règles convergent en dernière analyse. En cela réside une différence singulière entre le droit de préférence et les autres subrogations réelles, même institutionnelles. D'ordinaire la subrogation réelle n'est qu'un moyen d'assurer la survie d'un droit subjectif dans le cas d'une fluctuation éventuelle de son objet. Non seulement ce droit préexiste à la fluctuation, mais il porte en lui sa justification indépendante de cette fluctuation. Celle-ci, bien que prévue, n'est pas pour autant nécessaire. Elle ne représente qu'une éventualité *malgré* laquelle le droit en cause doit survivre. Ainsi, le droit propre de l'époux commun en biens, le droit de la femme sur sa dot, se justifient indépendamment de toute fluctuation matérielle de leur objet. Si cette fluctuation se réalise, la subrogation réelle qui intervient peut bien assurer le fonctionnement le plus judicieux du régime matrimonial (cf. *infra*, N^{os} 675 et s. et 682). Elle n'en joue pas moins un rôle accessoire, dans la mesure même où la fluctuation qui en constitue l'occasion n'est aucunement nécessaire pour justifier le droit de l'époux. Au contraire, la raison d'être et l'intérêt pratique de l'hypothèque résident tout entiers dans le droit de préférence, but final de toute l'institution. L'existence d'un droit réel sur l'immeuble, d'un droit de suite, ne constitue qu'une garantie de l'exercice ultérieur du droit de préférence. L'existence du droit réel sur l'immeuble lui-même avant la saisie et la mise en vente ne représente qu'une phase conservatoire. La réalisation

recherchée et attendue, en cas de non-paiement du créancier à l'échéance, est l'exercice du droit de préférence c'est-à-dire une subrogation réelle transportant l'hypothèque sur le prix de vente. Aussi bien, la fluctuation qui résulte de la saisie et de la mise en vente de l'immeuble grevé n'est-elle pas ici seulement prévue ; elle est voulue et provoquée, car elle ne réalise pas une simple éventualité, mais la condition nécessaire de l'exercice fondamental du droit d'hypothèque. Et c'est dans le but de donner au créancier un droit de préférence sur la créance du prix ainsi volontairement obtenue, que le législateur a conféré à ce créancier un droit réel sur l'immeuble parce que les droits réels comportent normalement ce droit de préférence (comp. art. 2114 c. civ.) (154). De sorte que l'exercice du droit de préférence met en présence d'une subrogation réelle montée en quelque sorte à l'envers des autres subrogations : l'existence initiale du droit réel sur l'immeuble ne se justifie que par le transport prévu et voulu de ce droit sur la créance du prix. Mais cette conception et cette utilisation très particulières du mécanisme de la subrogation réelle n'altèrent en rien les caractères techniques fondamentaux de ce mécanisme ; il s'agit toujours de la conservation d'un droit subjectif précis, considéré dans sa nature et dans son individualité. La finalité et la fréquence de cette conservation n'y changent rien.

On touche ici à la seconde particularité notable de cette subrogation, particularité qui ne concerne, elle, que les faits. Le droit de préférence du créancier nanti d'une sûreté réelle est certainement la plus fréquente et la plus courante de toutes les subrogations réelles. Le fait mérite l'attention. Tous les auteurs, même ceux qui ont manifesté la plus grande faveur envers la subrogation réelle (c'est-à-dire les auteurs modernes), l'ont méconnu. Il est curieux, à cet égard, de relever que la doctrine, parfois emportée par son désir d'élargir la place de la subrogation dans notre système juridique, a reconnu la subrogation réelle là où elle n'est pas (cf. *supra,* N^{os} 528 et s.), mais l'ignore ou la néglige là où elle existe effectivement et où elle fonctionne de la façon la plus courante. Ce caractère usuel de la subrogation réelle, en matière de sûretés réelles, se révèle pourtant le plus propre à démontrer la parfaite possibilité d'une large insertion de la subrogation au sein de la technique juridique. Et même si on s'abstient de toute sorte de prosélytisme, assez peu scientifique, ce fait garde toute sa valeur. Il éclaire, en effet, les limites qu'il convient d'apporter aux conclusions générales sur le caractère dérogatoire de la subrogation réelle par rap-

(154) Naturellement, cette analyse vaut pour toute sûreté réelle, v. son application très explicite et très fidèle au gage dans Planiol et Ripert, XII, par E. Becqué, N° 107.

port aux conceptions techniques traditionnelles (cf. *supra*, N^os^ 548 et s.). Pour déroger aux conceptions objectives de l'individualité des droits depuis longtemps admises sur un plan général, la subrogation réelle n'entre pas pour autant en contradiction logique avec elles, elle relève simplement d'autres points de vue. Et sa cohérence interne, autant que sa viabilité au sein de notre technique juridique sont attestées avec éclat par une consécration positive aussi large et aussi courante que le droit de préférence en matière de sûretés réelles. C'est pourquoi cette consécration mérite d'être relevée, non seulement au regard de ce domaine particulier d'application, mais sur le plan d'une étude générale de la subrogation réelle. Aucun exemple, plus que celui-là, ne paraît propre à familiariser les esprits avec la subrogation réelle, et à convaincre que le relativisme dans les conceptions, imposé par une bonne compréhension de la subrogation est parfaitement viable en raison et en droit positif.

555. — La situation de la subrogation réelle dans l'ensemble du système juridique apparaît ainsi sous ses traits les plus caractéristiques. La réserve traditionnelle, voire l'hostilité de la doctrine à son égard s'expliquent par son caractère fondamentalement dérogatoire aux conceptions techniques courantes, sans, pour autant, que soit justifiée une excessive méfiance. Parfaitement viable en elle-même, la subrogation peut faire l'objet d'une large insertion dans le droit positif.

Les possibilités générales et par suite les limites de cette insertion se dessinent très naturellement après les analyses qui précèdent.

Une plus large et plus heureuse implantation de la subrogation réelle dans notre système juridique peut d'abord résulter de consécrations expresses, c'est-à-dire de décisions spéciales, législatives ou conventionnelles, plus fréquentes. La viabilité du concept de la subrogation doit à cet égard vaincre, sinon l'indifférence des particuliers, du moins la répugnance du législateur. Celui-ci dans les dernières années a, du reste, marqué une faveur remarquable pour ce procédé (cf. *infra*, N° 628) et cette faveur est fort légitime chaque fois que la subrogation se révèle adaptée aux buts que l'on se propose d'atteindre.

Mais la consécration expresse par décision spéciale, n'est pas le moyen le plus souple ni le plus efficace propre à élargir la place de la subrogation en droit positif. Cet élargissement doit procéder aussi et surtout des règles d'interprétation. Là est aussi le point le plus délicat. L'extension de la subrogation réelle intégrée dans une institution déterminée, jusqu'aux limites exigées par cette institution, relève d'une donnée logique, voire de simple bon sens, et réalise un aména-

gement fort judicieux. Mais l'interprétation des décisions spéciales intégrant ainsi la subrogation dans une institution juridique donnée entre elle-même dans un cadre beaucoup plus vaste. La question générale est de savoir si oui ou non et, si oui, dans quelle mesure, il est possible d'admettre la subrogation sans le secours d'une décision spéciale, ou, ce qui revient au même, au delà de cette décision, chaque fois qu'une telle admission se révèle désirable. Et il est à peine besoin de souligner l'intérêt pratique majeur de cette question. C'est sans doute pourquoi la doctrine, de tous temps, n'a voulu voir qu'elle et a centralisé sur elle tous ses efforts. Seulement, comme les auteurs n'ont pas pris le soin d'analyser préalablement, sur un plan strictement rationnel et objectif, le concept même de la subrogation, ils ne sont pas parvenus à asseoir leurs conclusions sur des bases solides et convaincantes. Aussi, ces solutions elles-mêmes se sont-elles révélées contradictoires. Les auteurs classiques se sont enfermés dans une réserve frisant l'hostilité assez bien exprimée par l'adage *in judiciis singularibus...* (cf. *supra,* N^os^ 16 et s.). Les auteurs modernes, au contraire, ont ouvert largement les portes à l'extension (cf. *supra,* N^os^ 28 et s.) La doctrine postérieure a remanié toutes ces conclusions d'une façon qui prouve plus l'insuffisance de celles-ci que la pertinence de leurs remplaçantes (cf. *supra,* N^os^ 36 et s.). Cette confusion est le signe évident que personne ne se trouve convaincu et encore moins satisfait. Il ne peut en être autrement, car toutes les solutions proposées ne sont pas étayées par une analyse logique. Celle-ci une fois établie, tous ces problèmes paraissent, au contraire, devoir se résoudre aisément tant il est sensé et vrai que la condition première et essentielle pour utiliser judicieusement un procédé technique, est de savoir en quoi ce procédé consiste. La subrogation réelle, comme toute technique, puise son dynamisme, c'est-à-dire son caractère désirable, dans ses buts. Toute la question de sa réalisation effective est de savoir si les facteurs techniques permettent ou non d'atteindre ces buts. Et la solution de cette question est la résultante des forces respectives des conceptions objective et subjective de l'individualité des droits. La conception subjective est, certes, parfaitement viable, tant en elle-même qu'au regard des conceptions objectives avec lesquelles elle peut se concilier. Ce point établi, il reste naturellement à déterminer dans quelle mesure un droit subjectif individualisé par sa source, peut, *même au regard d'un unique titulaire,* survivre à la disparition de son objet matériel. Autrement dit, comment la subrogation réelle, rationnellement viable et cohérente, peut-elle se réaliser effectivement en droit positif ?

Cette question ne concerne plus la notion de la conser-

vation du droit, mais son fonctionnement, c'est-à-dire sa réalisation effective dans un milieu juridique donné. Mais il est clair que les lignes maîtresses qui constituent les bases sur lesquelles se pose le problème de fonctionnement se dessinent par l'analyse même de la notion. De même, cette notion commande et éclaire la solution du problème de fonctionnement. C'est ce qu'il convient de démontrer en déterminant, maintenant, dans une recherche qui doit couronner toutes nos précédentes études, comment et dans quelle mesure la conservation du droit se révèle effectivement réalisable.

CHAPITRE II

RÉALISATION DE LA CONSERVATION DU DROIT

I. — REMARQUE PRELIMINAIRE : ROLE PASSIF DES FACTEURS TECHNIQUES DANS LE FONCTIONNEMENT DE LA SUBROGATION REELLE

556. — Arrivés à ce point de nos développements, nous avons pris une connaissance analytique et synthétique de tous les éléments qui forment la théorie de la subrogation réelle. Il nous est donc possible de situer chacun d'eux à sa place exacte. Cette mise au point revêt une importance primordiale pour aborder correctement le problème du fonctionnement de la subrogation réelle. Elle ne soulève, au demeurant, aucune difficulté dans le cadre des idées directrices sur lesquelles nous avons cru devoir faire reposer toute la théorie de la subrogation.

Nous avons relevé précédemment que c'est dans l'analyse des buts de la subrogation réelle qu'il convient de rechercher les raisons qui rendent celle-ci *désirable* (cf. *supra,* N° 470). Suivant que la destination à laquelle un bien est soumis peut être considérée comme étant en valeur ou en nature la subrogation réelle apparaît ou non souhaitable (cf. *supra,* N^{os} 434 et suivants). Autrement dit, la subrogation puise son dynamisme fonctionnel dans les buts qui la justifient. La structure technique des droits dans lesquels s'exprime la destination en valeur (cf. *supra,* N^{os} 477 et suivants) ne peut jamais que permettre la subrogation réelle ou s'opposer à elle ; elle est, en tout cas, impuissante à la promouvoir. Tel est le sens du rôle passif des facteurs techniques dans le fonctionnement de la subrogation réelle : ils

indiquent comment la subrogation réelle est *possible*, mais ils sont impuissants à déterminer quand elle est désirable.

Nous rencontrons ici l'un des aspects de la dualité entre les buts et les moyens de réalisation, dualité que nous avons mise à la base même de notre compréhension de la subrogation réelle et que nous avons maintes fois relevée sous ses multiples aspects (cf. notamment *supra*, N^{os} 75 et suivants, 80 et suivants, 89, 408, 433, 469 et 470, 479 à 485). Aussi, peut-elle paraître maintenant naturelle ; et il ne conviendrait pas de s'y arrêter davantage, si elle n'avait été nettement méconnue, particulièrement sous l'aspect qui doit ici nous retenir.

557. — Aucune des doctrines qui se sont affrontées dans la tentative de clarifier le concept de la subrogation réelle n'ayant distingué les buts et la technique de celle-ci, il est naturellement difficile de déceler avec une rigoureuse précision où les auteurs trouvent exactement les raisons qui rendent la subrogation désirable. Il paraît pourtant hors de doute que la théorie classique ait vu dans la fongibilité des éléments qui composent une universalité juridique, non seulement une possibilité pour la subrogation de jouer, mais encore une raison qui la justifie et l'appelle. Aubry et Rau, par exemple, rejoignent les anciens auteurs lorsqu'ils affirment que dans les universalités juridiques la subrogation *doit* jouer de plein droit (cf. *supra*, N° 16). Tel est le sens de la maxime *in judiciis universalibus*... Or, comme ni Aubry et Rau, ni les anciens auteurs n'invoquent d'autre raison de faire jouer la subrogation que les caractères purement techniques des universalités juridiques, force est bien de conclure que si la subrogation s'accomplit d'elle-même dans ces universalités, c'est qu'elle y trouve non seulement un domaine sans obstacle, mais encore un principe qui la justifie. Comme le disent Aubry et Rau, la fongibilité des éléments qui composent une même universalité juridique *fonde* la subrogation réelle (cf. *supra*, N° 13). Ainsi, ce facteur strictement technique ne *permet* pas seulement la subrogation, il l'*appelle*.

Telle est bien, du reste, la façon dont la maxime classique *in judiciis universalibus*... est traditionnellement entendue. On y voit toujours une sorte de viatique quasi cabalistique qui dispense de toute autre recherche (1). De sorte que le fonctionnement de la subrogation ainsi enfermé dans une formule technique est comme coupé et isolé des buts qui, seuls, peuvent l'éclairer et l'expliquer. Et c'est bien par

(1) V., par exemple, note Colin, D. 1908. 1. 115, II, B (rappr. Planiol et Ripert, III, par M. Picard, N^{os} 28 et suivants, notamment N° 31).

ce défaut que la théorie classique offre justement une prise particulière à la critique (rappr. *supra*, N° 22). Mais il est notable que les auteurs mêmes qui rejettent la théorie classique avec le plus d'énergie, lui ont reproché beaucoup plus d'être trop étroite que de n'être pas assez explicite (rappr. *supra*, N°s 23 et suivants, 37 et suivants). C'est ainsi que Planiol et M. Henry, en réservant à la maxime *in judiciis universalibus*... un nouvel empire limité aux obligations de restitution (cf. *supra*, N° 31), l'entendent comme le faisaient les auteurs classiques : ils reconnaissent au concept purement technique d'universalité juridique, le vertu non seulement de permettre la subrogation, mais encore de l'exiger. M. Henry ne laisse guère de doute sur ce point lorsqu'il écrit à propos du droit de retour de l'ascendant donateur prévu par l'article 747 du Code Civil « la subrogation réelle nous apparaît *nécessaire, du moment que* l'on considère l'ascendant donateur comme un successeur universel qui, par voie d'action réelle générale, va pouvoir réclamer une part du patrimoine héréditaire » (2). Il est clair que pour cet auteur, la réclamation d'universalité joue un rôle non pas passif, mais actif dans le fonctionnement de la subrogation réelle.

558. — Il est indispensable de dissiper toute équivoque sur ce point qui touche aux rôles respectifs joués par les éléments fondamentaux de la théorie de la subrogation réelle dans la mise en œuvre de celle-ci.

De prime abord, le rôle attribué à la maxime *in judiciis universalibus*... par les auteurs classiques et par Planiol et M. Henry, peut paraître confirmé par le simple bon sens. N'est-il pas normal, en effet, qu'une technique soit adaptée à ses buts ? N'est-il pas naturel de penser que lorsque le demandeur a le droit de réclamer une universalité considérée dans sa valeur globale, c'est que cette valeur lui est destinée et, par conséquent, qu'il existe nécessairement un but rendant la subrogation à la fois possible et désirable (cf. *supra*, N° 434). Dire que l'ascendant donateur a une action portant sur la valeur globale d'une universalité juridique et dire que cette valeur lui est destinée, n'est-ce pas tout un ? Ne doit-on pas penser de même à l'égard du demandeur à la pétition d'hérédité ? Et inversement, dire que le propriétaire d'un bien isolé ne peut reprendre que ce bien, ne revient-il pas à dire que ce bien lui est destiné dans sa nature et, par conséquent, que la subrogation dans un tel cas n'est pas désirable. On est alors amené à se demander si la distinction entre les buts et les moyens n'est pas trop subtile et si le reproche qu'on pourrait adresser à M. Henry dans le

(2) Cf. Henry, thèse, p. 355.

passage que nous venons de citer (*supra,* N° 557) n'est pas spécieux. Qu'importe, en effet, qu'on confonde la notion d'universalité juridique avec un but valable de la subrogation réelle, si, la distinction une fois faite, il faut reconnaître que la technique et le but vont toujours de pair ?

C'est ce prétendu bon sens fondé sur les apparences qu'il convient justement de dénoncer, car il ne recèle rien moins que des erreurs. Il est bien normal, certes, qu'une technique soit adaptée à ses buts. Mais il essentiel de remarquer, ou plutôt de rappeler ici, que les buts de la subrogation ne sont pas normalement ceux de la technique par laquelle cette subrogation se réalise. Nous avons déjà souligné et montré que la destination en valeur emprunte pour se réaliser une technique qui ne lui est pas exactement adaptée, et qu'elle sollicite (cf. *supra,* N°s 479 et suivants). Et toute la question, est de savoir dans quelle mesure cette technique se laisse solliciter. Qu'on reprenne les aspects essentiels de la dualité entre les buts et la technique, et l'on verra que, très souvent, cette dualité recouvre un désaccord, et que, quand ce désaccord n'existe pas, cette dualité n'en subsiste pas moins.

Il n'est pas exact, d'abord, qu'un but de subrogation réelle (c'est-à-dire une destination en valeur) soit toujours et nécessairement assorti d'une technique adaptée à sa réalisation et à la subrogation réelle. Reprenons pour l'instant, sans la vérifier au fond (cf. *infra,* N°s 656 et suivants), l'affirmation classique adoptée par Planiol et M. Henry, selon laquelle le droit de propriété portant sur un bien isolé est hostile à la subrogation réelle. Ce fait n'implique, en aucune façon, que la subrogation réelle dans un tel droit ne soit pas désirable. Nous avons précisément démontré le contraire en faisant ressortir la destination en valeur qui s'exprime pratiquement toujours dans ce droit (cf. *supra,* N° 464). Les auteurs classiques n'affirment du reste pas que lorsqu'ils refusent la subrogation en vertu de la maxime *in judiciis singularibus...* (cf. *supra,* N° 16) ce refus soit l'expression de l'équité toujours désirable (3). Si la structure technique du droit de propriété portant sur un objet isolé est, en effet, normalement hostile à la réalisation de la subrogation réelle (cf. *infra,* N°s 589 et 612), il ne faut pas en déduire que cette structure technique enlève toute raison d'être et tout dynamisme à la subrogation. Il faut seulement conclure que cette structure technique *fait obstacle* à une subrogation *d'autre part* désirable ; et ce rôle est passif. Il le demeure dans les cas où la structure technique du droit n'oppose pas d'obstacle à la subrogation. Cette structure permet alors la subrogation en la laissant s'accomplir sous l'impulsion du

(3) Comp. par exemple Aubry et Rau, IX, p. 344.

but qui, seul, continue à la justifier. Sans ce but, c'est-à-dire sans une destination en valeur initiale, la technique favorable, par exemple une action portant sur une universalité, serait impuissante à faire jouer la subrogation réelle. Ainsi, les auteurs qui, au XIX° siècle, refusaient d'étendre le droit de retour légal au delà des cas strictement prévus par l'article 747, al. 2 (4) n'ont jamais prétendu que ce droit de retour ne fût pas un droit de succession et ne portât pas sur une universalité juridique. Ils ne commettaient, pour autant, aucun illogisme. Ils estimaient seulement, qu'une extension de ce droit n'aurait pas répondu aux intentions du législateur, autrement dit, que l'article 747, al. 2 n'impliquait pas une destination en valeur, mais une destination en nature à peine prolongée (cf. *supra,* N° 442). La subrogation réelle, au delà des précisions expresses de l'article 747, al. 2, ne répondant, pour ces auteurs, à aucun but visé par le législateur, le caractère successoral du droit de retour, c'est-à-dire le fait qu'il porte sur une universalité juridique se révélait naturellement impuissant à suppléer le but défaillant. La subrogation n'avait alors aucune raison de jouer ; ce fait suffisait à la faire rejeter sans que la technique, qui pourtant lui aurait été favorable, pût rien changer à cette conclusion. Et lorsque, au contraire, il existe une destination en valeur rendant la subrogation désirable, la concordance entre les buts et les moyens ne doit pas obscurcir les rôles respectivement joués par ces éléments dans le fonctionnement de la subrogation réelle. Certes, dans un tel cas l'intérêt pratique de la distinction est amoindri. Mais c'est précisément lorsque la distinction apparaît moins facilement qu'il importe, au point de vue théorique, de la mettre en évidence. Ainsi, pour reprendre la même exemple, si avec les auteurs et la jurisprudence modernes on admet que l'article 747 du Code Civil destine à l'ascendant donateur plus la valeur donnée que le bien en nature (cf. *supra,* N° 445), cette considération *seule* rend la subrogation désirable et lui confère un but valable, le fait que l'ascendant dispose d'un *judicium universale* pour réclamer ce qu'on lui destine, se bornant à *permettre* cette subrogation. Et, chaque fois qu'on se trouve en présence d'une destination en valeur s'exprimant dans un droit favorable à la subrogation réelle la même analyse doit prévaloir.

C'est donc toujours la destination en valeur qui, seule, confère sa raison d'être à la subrogation. La technique favorable (universalité juridique ou toute autre notion) ne joue jamais que comme offrant une possibilité et non un fonde-

(4) Cf. Demolombe, XIII, N° 541 ; Laurent IX, N° 191 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, Successions, I, N° 719.

ment à la subrogation. C'est en ce sens seulement que la maxime « *in judiciis universalibus...* » peut être accueillie, à supposer que l'universalité juridique constitue bien un facteur technique favorable à la subrogation (cf. *infra*, N^os^ 591 et suivants).

Le rôle passif des facteurs techniques une fois admis, le problème du fonctionnement de la subrogation réelle se pose aisément sur des bases claires.

II. — POSITION DU PROBLEME

559. — Un premier point d'une portée générale s'impose dès l'abord : *l'existence d'une destination en valeur est toujours nécessaire pour que la subrogation réelle s'accomplisse.* Cette règle, que nos développements antérieurs laissaient pressentir (cf. *supra*, N^os^ 434 et suivants) ne fait qu'apparaître ici dans toute sa signification. Elle est, en effet, la conséquence directe du rôle passif joué par les facteurs techniques dans le fonctionnement de la subrogation réelle. Ces facteurs techniques se révélant impuissants à justifier la subrogation réelle, c'est-à-dire à rendre compte des raisons qui la rendent désirable, celle-ci ne peut puiser son dynamisme que dans ses buts (rappr. *supra*, N° 470).

Il convient, du reste, de rappeler que la destination en valeur, toujours nécessaire, n'apparaît souvent, en pratique, qu'après coup, c'est-à-dire la fluctuation d'objet matériel une fois accomplie (cf. *supra*, N° 18). Très fréquemment aussi, la destination en valeur s'induit d'une décision spéciale expresse de subrogation (cf. *supra*, N^os^ 436 et suivants). Mais elle ne se confond pas, pour autant, avec elle (cf. *supra*, N° 468 et *infra*, N^os^ 614 et s., 621 et s., 638 et s.). Et son existence propre, de quelque façon qu'elle soit décelée, est toujours requise puisque, sans elle, la subrogation n'aurait aucune raison d'être et se trouverait par conséquent déplacée.

La nécessité constante d'une destination en valeur initiale se présente donc comme la donnée première et générale, imposée du reste par le bon sens.

560. — Ce premier point établi, il reste à savoir dans quelle mesure la destination en valeur est *suffisante*. A cette question se ramène, au fond, tout le problème technique du fonctionnement de la subrogation réelle.

A son égard, le rôle des facteurs techniques recouvre tout son empire. Ce sont, en effet, ces facteurs, et eux seuls, qui permettent de déterminer dans quelle mesure la subrogation est *possible*. La destination en valeur de laquelle dépendait seule, le caractère désirable de la subrogation réelle n'a plus à intervenir lorsqu'il s'agit de déterminer *comment* la

subrogation peut s'accomplir effectivement. Aucune idée, ni d'affectation (rappr. *supra* N^os^ 24, 28 et suivants, 411 et suivants), ni d'équilibre (rappr. *supra,* N^os^ 38 et suivants, 427 et suivants), ni toute autre concernant seulement les buts de la subrogation réelle, n'a de vertu pour résoudre ce problème. La solution de celui-ci dépend seulement de la structure technique du droit à conserver. Or, cette structure technique, nous l'avons déjà remarqué (cf notamment *supra,* N^os^ 480 et suivants) n'est pas nécessairement adaptée aux buts propres de la subrogation. Bien au contraire, la destination en valeur se réalise par la technique générale ; et la subrogation qui constitue le mode de réalisation de la destination en valeur imposé par une technique générale matérialiste (cf. *supra,* N^os^ 483 et suivants) ne peut s'accomplir elle-même que par cette technique et dans la mesure où celle-ci le permet. Le rôle des facteurs techniques, s'il est donc purement passif, n'en est pas moins original et en quelque sorte hétérogène par rapport à la subrogation réelle. La subordination de la destination en valeur à la technique générale se traduit ici d'une façon particulièrement précise et astreignante : *la réalisation de la subrogation réelle est elle-même subordonnée aux possibilités que lui offre une technique qui la conditionne, mais qu'elle ne saurait modifier* (rapp. *supra,* N^os^ 86, 495, 546).

Ce principe essentiel de subordination domine tout le fonctionnement de la subrogation, et, plus précisément, la question de savoir si la destination en valeur est ou non une condition suffisante du jeu de la subrogation. Nous aurons à en apprécier toute la portée en étudiant sa mise en œuvre. Son incidence se révèle particulièrement notable lorsque la structure technique du droit à conserver, obéissant aux règles qui lui sont propres, oppose un obstacle à la subrogation. Tel est, du reste, le rôle maximum que peuvent jouer les facteurs techniques. Il n'y a pas pour eux, en effet, d'autre alternative que de permettre la subrogation ou de s'opposer à elle. Et la suffisance d'une destination en valeur initiale ne se présente pas avec une égale évidence dans chacune de ces éventualités.

Dans la première hypothèse, la suffisance de la destination en valeur doit être admise en thèse générale. La subrogation réelle est, en effet, appelée par un but qui l'*exige* et puisque les facteurs techniques la *permettent,* son jeu de plein droit s'impose. C'est ce principe logique qu'il conviendra de vérifier dans l'application pratique.

Dans la seconde hypothèse, au contraire, la suffisance d'une destination en valeur ne s'impose plus. La subrogation réelle rendue désirable par son but, rencontrant un obstacle sur le

plan technique, il convient de rechercher quelle force doit l'emporter de la poussée fonctionnelle ou de la résistance technique. La réponse à cette question dépend naturellement de l'analyse de l'obstacle rencontré.

En toute hypothèse, il s'agit donc de déterminer les facteurs techniques qui *permettent* la subrogation et ceux qui s'y *opposent*. De cette détermination précise dans chaque cas particulier dépend la solution. C'est le problème ainsi posé qu'il convient de résoudre ici (5).

561. — Plus précisément encore, la recherche des facteurs techniques favorables à la subrogation réelle se ramène à déceler dans un droit subjectif donné, considéré dans son unité, quels sont les éléments dont la survie s'avère possible malgré le changement d'objet matériel. Cette recherche doit naturellement répondre au concept même de la subrogation réelle qui exige que l'objet du droit *seul* change, tous les autres éléments subsistant dans ce qu'ils ont d'essentiel pour permettre au droit en cause d'atteindre le but qui est normalement le sien (cf. *supra, N*os 487, 488 et 489). S'il s'avère que ces éléments essentiels peuvent survivre au changement d'objet matériel, il faut conclure que la structure technique du droit est favorable à la subrogation réelle, ou, du moins, compatible avec elle. Si, au contraire, un ou plusieurs de ces éléments se révèle solidaire de la nature ou de l'individualité de l'objet matériel au point de ne pouvoir pour un même titulaire subsister malgré la disparition de cet objet, la structure technique du droit étudié ne permet pas normalement la subrogation réelle. Il convient alors d'analyser l'obstacle et d'en déduire éventuellement le procédé propre à assurer le fonctionnement de la subrogation malgré cet obstacle. Par conséquent, tout le problème consiste à dépister les obstacles au maintien du droit considéré dans son unité fonctionnelle, c'est-à-dire dans ce qu'il a d'essentiel pour répondre à son but.

La position même du problème indique la meilleure méthode pour le résoudre. Puisqu'il s'agit de rechercher comment un droit quelconque peut être conservé dans son unité, il convient de déceler les possibilités de conservation des éléments qui constituent cette unité. Nous avons déterminé ces éléments en analysant la notion même de conservation du droit (cf. *supra,* N^{os} 489 et suivants). Il importe

(5) Il importe de rappeler qu'outre la nécessité d'une destination en valeur, l'existence d'une contre-valeur est une condition de la subrogation (cf. *supra,* N^{os} 230 et suivants), Par suite, la preuve de la contre-valeur joue un rôle primordial dans le fonctionnement de la subrogation. C'est pourquoi nous avons consacré à cette preuve une ample étude (cf. *supra,* N^{os} 339 et suivants).

maintenant, après avoir montré la nécessité de leur conservation au regard du concept de la subrogation réelle, d'établir les possibilités effectives et positives de cette conservation; ce qui conduit à rechercher comment le droit peut se conserver dans sa *nature* et dans son individualité (rappr. *supra,* N° 489), ces deux aspects du problème étant naturellement cumulatifs, la subrogation ne pouvant être considérée comme accomplie que lorsque le droit est conservé *à la fois* dans sa nature et dans son individualité. Nous aurons ensuite à dégager les principes qui commandent la publicité de la subrogation réelle.

SECTION I

CONSERVATION DU DROIT DANS SA NATURE

562. — Le problème, à cet égard, consiste à rechercher, dans chaque cas particulier, si les prérogatives qui caractérisent la nature du droit, telles que nous les avons déjà définies (cf. *supra,* N^{os} 490 et suivants), peuvent ou non s'exercer sur le bien nouveau. C'est donc très exactement une question de compatibilité entre, d'une part, la nature technique des prérogatives considérées, et, d'autre part, la nature physique du bien nouveau, qui se pose.

Il convient d'abord de rappeler que cette question de compatibilité ne doit être soulevée qu'à l'égard des prérogatives dont la conservation est nécessairement requise par le concept même de la subrogation réelle, c'est-à-dire seulement celles qui réalisent l'*essentiel* de la destination que la subrogation réelle a pour mission de perpétuer (cf. *supra,* N^{os} 492, 495, 512). Si le changement d'objet ne fait obstacle qu'au transport des autres prérogatives, il faut admettre conformément à nos analyses antérieures (*ibid.*) que cet obstacle n'empêche pas la subrogation de se réaliser.

D'autre part, cette compatibilité entre les prérogatives considérées comme essentielles et l'objet nouveau dépend de la technique générale à laquelle la subrogation demeure essentiellement soumise (cf. *supra,* N^{os} 492, 495 et 560). Ce principe général de subordination, que nous avons relevé comme dominant l'ensemble du fonctionnement de la subrogation réelle (*supra,* N° 560), trouve ici sa place naturelle. Ce sont les données générales de la technique juridique qui

indiquent, en effet, si le bien nouveau est ou non à même de supporter le droit que la destination en valeur invite à conserver au moyen de la subrogaiton réelle. De la réponse à cette question dictée par des considérations extérieures aux buts de la subrogation, dépendent les possibilités de réalisation de celle-ci. Cette observation générale se recoupe exactement avec celle que nous avons déjà faite en remarquant que la subrogation, impuissante à modifier en quoi que ce soit, la nature des choses, est, au contraire, conditionnée par elle (cf. *supra,* N° 543). Lorsque, d'après la technique générale, le bien nouveau, par ses caractères propres, ne peut être l'objet du droit à conserver, la subrogation est normalement impossible. C'est en ce sens que la nature du bien nouveau conditionne la subrogation réelle. Et cette condition découle de la technique générale.

Sous le bénéfice de ces observations générales, il convient de rechercher dans quelle mesure les prérogatives qui caractérisent la nature d'un droit sont susceptibles de tolérer les diverses fluctuations de l'objet matériel de ce droit. Ces fluctuations, telles qu'elles se rencontrent couramment, peuvent se ramener à des types assez simples suivant que l'objet nouveau est une chose corporelle, incorporelle ou un genre. Les prérogatives du droit, au contraire, sont très variées selon le droit en cause. Aussi, la réponse à la question de compatibilité, ici étudiée, doit-elle évidemment être précisée en fonction d'appréciations propres à chaque droit. Il est toutefois possible de déceler des directives suffisamment générales pour permettre de dégager des conclusions d'ensemble, donnant un aperçu sur les possibilités de fonctionnement de la subrogation réelle au regard des principales prérogatives qui forment la nature des droits. Ces prérogatives, nous l'avons montré (cf. *supra,* N^{os} 490 et 491), concernent soit le contenu même du droit, soit son mode d'exercice. C'est sous ce double aspect, qu'il importe d'étudier la compatibilité des diverses fluctuations d'objet avec le droit considéré.

§ 1er. — Conservation du droit dans son contenu

563. — Les prérogatives qui forment le contenu des droits (cf. *supra,* N^{os} 492 et suivants) sont, sans aucun doute, celles qui varient le plus selon le droit considéré. Aussi, une solution générale, ferme, est-elle impossible à dégager. Il convient d'analyser, dans chaque hypothèse particulière, le droit à conserver, et de vérifier la compatibilité des prérogatives qui en constituent le contenu, avec la fluctuation d'objet résultant

des circonstances. La réponse requiert très naturellement le même éclectisme que celui que nous avons rencontré lorsque nous avons recherché, en analysant le concept de la subrogation, lesquelles parmi ces prérogatives doivent nécessairement être conservées (cf. notamment *supra,* N^os^ 492 et 495). Il s'agit, en définitive, de savoir si le bien nouveau peut ou non supporter les prérogatives qui assuraient, sur le bien ancien, l'essentiel de la destination que la subrogation réelle a pour but de perpétuer (comp. *supra,* N° 495). La question seule peut être ainsi posée en termes généraux ; la réponse, étant commandée par l'analyse de prérogatives qui varient selon les droits en cause, échappe à cette généralité ; et on ne peut mieux faire que l'illustrer par quelques exemples.

564. — Ainsi, le *droit de propriété* apparaît, par les prérogatives qui en forment le contenu (cf. *supra,* N° 493), comme compatible avec les fluctuations les plus diverses pouvant faire naître des occasions de subrogation réelle. La propriété, étant le droit le plus complet et le plus large qu'on puisse avoir sur les choses, est, par là-même, le moins finaliste, et, en quelque sorte, le plus « polyvalent ». Il peut prendre, selon la nature des biens sur lesquels il porte, des formes diverses dont le trait commun caractéristique est de marquer le maximum de plénitude et d'exclusivisme possibles sur chaque bien considéré (cf. *supra, ibid.*).

Aussi, faut-il admettre que le changement d'objet matériel ne fait presque jamais obstacle à la conservation du contenu du droit de propriété. Ce contenu, sous réserve de certaines modifications, peut s'adapter aux différents corps certains, meubles et immeubles, ainsi même qu'aux choses incorporelles. La nature physique de ces différentes choses n'oppose pas, par elle-même, d'obstacle à l'appropriation, en ce sens que toutes ces choses sont susceptibles d'un maximum de pouvoirs compatible avec leur nature physique. Et ce maximum de pouvoirs, malgré la diversité de ses aspects, selon les choses qui en sont l'objet, exprime la forme d'appropriation réalisable sur chacune de ces choses. La généralité même de la notion de propriété rend ce droit facilement compatible, tout au moins par son contenu (6) avec le jeu de la subrogation réelle.

565. — Une conclusion analogue s'impose à l'égard du droit d'*usufruit.* Les pouvoirs de l'usufruitier peuvent s'exercer sur toute espèce de biens frugifères, non seulement sur des choses corporelles, meubles ou immeubles (cf. article 581

(6) Nous verrons qu'une conclusion contraire s'impose si on considère le droit de propriété dans son individualité (cf. *infra,* N^os^ 656 et suivants).

Code civ.), mais encore sur des choses incorporelles, comme les droits, et, notamment, sur les créances, actions de sociétés, etc... (7). Il s'ensuit que si l'un quelconque de ces biens est remplacé par n'importe quel autre, ce changement ne fait pas obstacle à la conservation des prérogatives caractérisant le contenu du droit d'usufruit.

La substitution d'une chose consomptible par le premier usage à une chose non consomptible ne s'oppose même pas, par elle-même, à l'admission de la subrogation réelle. Le bien nouveau n'en est pas moins, alors, susceptible d'usufruit. Il est vrai que le mode d'exercice de ce droit se trouve profondément modifié, puisque l'article 587 C. Civ. permet à l'usufruitier de consommer ce nouveau bien, à charge par lui d'en rendre une pareille quantité, qualité et valeur, ou son estimation à la fin de l'usufruit. Cette modification, pour si importante qu'elle soit, n'en constitue pas moins un mode particulier d'exercice de l'usufruit imposé par les circonstances. Le nu propriétaire ne se trouve pas dépouillé définitivement. L'usufruitier garde un droit de jouissance temporaire de la chose. La fonction alimentaire du droit d'usufruit se conserve au fond intacte par le maintien du droit de jouissance, du droit d'usage et du caractère viager.

Certes, l'obligation de rendre des choses de même quantité, qualité et valeur, porte, alors, sur un genre, dont l'indétermination est, nous l'avons vu, incompatible avec l'objet de la subrogation réelle (cf. *supra,* N^os^ 308 et suivants). Mais l'indétermination porte ici sur l'objet de la restitution. On peut bien admettre qu'en consommant la chose consomptible par le premier usage, l'usufruitier à éteint son usufruit véritable et qu'il ne subsiste plus à son encontre qu'une dette envers le nu propriétaire devenu créancier. Il est bien exact qu'un tel phénomène est incompatible avec la subrogation réelle pour des raisons qui ne concernent, du reste, pas uniquement le contenu du droit (cf. *supra,* N^os^ 308 et suivants et 514 et suivants, et *infra,* N^os^ 580 et suivants). Seulement, il faut bien voir que cette extinction constitue une *autre* fluctuation que celle en vertu de laquelle la chose consomptible a remplacé l'objet initial de l'usufruit. A l'égard de cette dernière fluctuation, il suffit que la chose consomptible soit elle-même individualisée par sa provenance (ce qui n'a rien d'impossible), pour que la subrogation réelle soit admissible. Le droit reconnu à l'usufruitier d'exercer sur la chose consomptible les pouvoirs reconnus par l'article 587 C. Civ., peut parfaitement être l'effet d'une subrogation réelle, dès lors que la chose consomptible provient du bien initialement

(7) Cf. Ripert et Boulanger, I. N° 3600 et suivants ; 3609 et suivants.

grevé d'usufruit, et que ce droit s'exerce en vertu de la source qui l'avait créé sur le bien ancien (rappr. *supra,* N^os^ 514 et suivants).

Il faut donc conclure que l'usufruit, comme la propriété, est, du moins par son contenu, largement compatible avec les divers changements de son objet et offre, par conséquent, de vastes possibilités au jeu de la subrogation réelle.

566. — Il faut en dire autant de l'*hypothèque.* Il est vrai qu'il existe à cet égard une importante règle restrictive qui prohibe les hypothèques mobilières (cf. articles 2118 et 2119 C. Civ.) (8). Si donc, un meuble remplace un immeuble hypothéqué, l'hypothèque ne peut, par la seule vertu de la subrogation réelle, se transporter sur lui. Pour qu'une telle subrogation soit possible, une décision spéciale législative, transformant l'hypothèque initiale en hypothèque mobilière, est nécessaire. Mais il convient de remarquer que la règle de l'article 2119 C. Civ. ne tient aucunement à la nature des prérogatives qui forment le contenu du droit d'hypothèque. Ces prérogatives, qui consistent dans le pouvoir pour le créancier hypothécaire de saisir un bien de son débiteur et de se payer par préférence sur le prix, sans que le débiteur ait été, avant la saisie, privé de la détention de ce bien, peuvent parfaitement s'exercer sur un meuble. La prohibition des hypothèques mobilières ne tient pas à la nature des prérogatives du créancier hypothécaire. En ce sens, elle ne dérive pas de la nature des choses. La raison de la règle réside, en réalité, dans le souci de mettre les autres créanciers à l'abri de causes de préférence, ne comportant aucun dessaisissement du débiteur, et dont la publicité serait fort peu compatible avec la rapide circulation des meubles (9). Cette raison, qui relève d'une bonne politique juridique assurant la sécurité du crédit en matière mobilière, concerne donc les conditions d'opposabilité aux tiers de l'hypothèque en tant que droit réel (cf. *infra,* N^o^ 572). Elle ne porte aucune atteinte à la possibilité théorique de l'exercice des prérogatives formant le contenu du droit du créancier hypothécaire sur des meubles.

En réalité, tout bien, corporel ou non, susceptible de saisie et de mise en vente peut rationnellement être l'objet d'une hypothèque. Ce ne sont donc pas les prérogatives reconnues au créancier hypothécaire qui, par leur nature propre, opposent des obstacles à la subrogation réelle. Ces obstacles existent, mais ils dérivent des conditions d'opposabilité du droit réel ou de l'analyse de ce droit considéré

(8) Cf. Planiol, II, N° 2705.
(9) *Op. cit.,* N° 2706.

dans son individualité. Nous les retrouverons en étudiant ces deux points (cf. *infra,* N°s 572 et 664).

567. — On peut mesurer, par ces quelques exemples, à quel point l'analyse du contenu des droits est assez peu susceptible de révéler pratiquement des obstacles au jeu de la subrogation réelle. La propriété, l'usufruit, l'hypothèque, qui, tous trois, en tant que droits réels spéciaux, sont par leur individualité hostiles à la subrogation réelle (cf. *infra,* N°s 655 et suivants), ne lui opposent, au contraire, par leur simple contenu, aucun obstacle. L'attention méritait, semble-t-il, d'être attirée sur ce fait. C'est pourquoi nous avons choisi ces exemples propres à convaincre que certains droits, parmi les plus hostiles au jeu de la subrogation réelle, ne le sont pas par leur contenu, et que ce contenu est, en général, assez peu riche en obstacles à la subrogation.

Il serait évidemment téméraire d'en tirer des enseignements plus fermes. La réponse précise dépend, dans chaque cas particulier, de l'analyse du droit en cause. Il importait surtout, ici, d'illustrer la méthode selon laquelle les obstacles à la subrogation réelle doivent être recherchés dans le contenu des droits, méthode qui se confirme du reste par l'analyse du mode d'exercice de ces droits.

§ 2° — Conservation du droit dans son mode d'exercice

568. — Nous avons vu que le mode d'exercice d'un droit dépend du caractère personnel ou réel de ce droit et qu'il incombe à la subrogation réelle de conserver ces caractères en tant que tels (cf. *supra,* N° 496). Il convient donc de rechercher ici quelles répercussions peut avoir le changement d'objet sur la nature personnelle ou réelle du droit. Si le changement d'objet entraîne nécessairement, selon la technique générale, la perte d'un de ces caractères, il faut conclure à l'impossibilité de la subrogation réelle.

Le problème étant ainsi posé, la recherche de sa solution se présente différemment à l'égard des droits personnels et des droits réels.

1er POINT — CONSERVATION DES DROITS PERSONNELS

569. — Nous avons déjà vu que l'objet direct et véritable du droit personnel est une *prestation* et non le bien

matériel que cette prestation vise à procurer au créancier (cf. *supra,* N° 507 et N° 85, note 271). Techniquement, les biens matériels jouent le rôle de moyen de cette prestation. Mais ce moyen n'est pas nécessaire pour conférer au droit personnel sa nature véritable. Les prestations qui peuvent être l'objet d'un droit de créance sont fort diverses : fait, abstention, dation, et seulement certaines d'entre elles visent les biens matériels. Aussi, le droit personnel ne perd-il pas ce caractère lorsqu'il cesse de procurer un bien matériel et aboutit à une prestation équivalente, notamment d'une somme d'argent (cf. *supra,* N° 507). La nécessité d'un bien matériel, dans le cadre de laquelle notre étude se trouve inscrite, est imposée par l'hypothèse de la subrogation réelle, (cf. *supra, N*os 167 et suivants) et non par la structure du droit personnel.

Si les droits personnels conservent leur nature, alors même qu'ils ne portent pas sur des biens matériels, à plus forte raison faut-il admettre, lorsqu'ils portent sur de tels biens, que leur nature est indifférente à celle de ces biens. Un droit personnel conserve sa nature quel que soit le bien qu'il permet d'obtenir, que ce bien soit meuble ou immeuble, corporel ou incorporel. Et, s'il faut exclure l'hypothèse d'une chose sans individualité, comme un genre, c'est encore en vertu des données propres à la théorie de la subrogation réelle (cf. *supra,* N^{os} 164 et suivants et 313) et non à la nature du droit de créance.

Ainsi, l'analyse des droits personnels et du rôle joué par la prestation du débiteur comme objet véritable et direct de ces droits conduit à une conclusion d'une portée générale : *les droits de créance sont, par leur nature, compatibles avec tous les changements d'objets matériels et, par conséquent, n'opposent pas, à cet égard, d'obstacles au jeu de la subrogation réelle.*

570. — Le caractère de principe que l'on doit attribuer à cette conclusion tient au rôle primordial reconnu à la prestation personnelle du débiteur comme objet direct et essentiel du droit de créance. Or, ce rôle a été sinon nié, du moins quelque peu obscurci, par certains efforts doctrinaux tentés pour donner une explication plus exacte de l'évolution de l'obligation. Ainsi, Eugène Gaudemet, opposant à la conception antique de l'obligation, sa conception moderne, a cru pouvoir écrire : « Le droit personnel n'est plus un droit sur la personne, c'est un droit sur les biens : *jus ad rem.* La seule différence avec le droit réel est qu'il ne frappe pas privativement une chose déterminée, mais collectivement un patrimoine tout entier » (10). De sorte qu'on

(10) Eugène Gaudemet « *Etude sur le transport de dettes à titre*

pourrait se demander s'il existe bien des modes d'appréhension des choses à intermédiaire véritablement personnel. D'autant plus, qu'après avoir fait cette remarque, Gaudemet ajoute : « ... *la personnalité* du créancier ou du débiteur importe peu » (11).

Cette conception vise manifestement à rendre compte de l'évolution, que nous avons précédemment relevée, qui a progressivement substitué l'exécution des créances sur les biens à l'exécution sur la personne du débiteur (cf. *supra*, N° 511). Si on la prenait à la lettre, on serait conduit à justifier la compatibilité éventuelle entre la nature des droits de créance et la subrogation réelle autrement que par le rôle que nous avons reconnu à la prestation personnelle (*supra*, N° 569). Au surplus, cette recherche serait elle-même assez vaine : si les droits de créance avaient pour objet le patrimoine tout entier, le jeu de la subrogation perdrait toute utilité, la fongibilité générale rendant la subrogation réelle superflue (cf. *supra*, N°s 22 et 322).

Cette dernière remarque montre la confusion qu'il importe d'éviter de commettre sur la base de la conception proposée par Gaudemet. Cette conception vise surtout le droit de gage général du créancier prévu par l'article 2092 C. Civ. et à l'égard duquel nous avons vu que la subrogation est effectivement sans utilité (cf. *supra, ibid.*). Mais l'objet de ce gage général qui réside, en effet, dans le patrimoine du débiteur, n'est pas celui du droit de créance lui-même. En assimilant le droit de créance au droit de gage on confond le droit initial et principal avec sa garantie. Le fait que tout le patrimoine du débiteur d'un corps certain réponde de l'exécution de la dette n'empêche pas celle-ci d'avoir pour objet principal la prestation de ce corps certain. Et, si la subrogation réelle est déplacée à l'égard de la garantie patrimoniale de cette dette, elle ne l'est pas du tout, au contraire, à l'égard du bien déterminé et individualisé sur lequel porte la prestation, objet de la dette elle-même. C'est à cette dette que s'applique l'analyse générale du droit de créance que nous avons proposée et non au droit de gage général qui garantit cette dette comme n'importe quelle autre.

Il ne faut, du reste, pas négliger pour autant, l'importance de ce droit de gage. Mais celui-ci, bien loin de supprimer le caractère personnel du droit de créance, en est, au contraire, nous l'avons démontré, l'expression moderne (cf. *supra*, N° 511). L'exécution forcée par équivalent sur le patrimoine du débiteur est un caractère fondamental propre au

---

particulier », thèse, Paris 1898, p. 30 ; cf. aussi Rigaud, *Le droit réel, histoire et théories*, thèse, Toulouse, 1912, pp. 466 et 467.

(11) *Op. cit.*, p. 31.

droit de créance, qui est commun à tous les droits de créance. Le fait que tout débiteur réponde sur son patrimoine de l'exécution de sa dette, fût-elle de corps certain, et puisse se libérer par cette exécution, atteste précisément que l'objet constant et nécessaire du droit de créance est une prestation. Et c'est l'idée que toute prestation en vaut une autre en dernière analyse, que traduit l'exécution par équivalent. Pour être devenu patrimonial cet équivalent n'a pas perdu son caractère personnel, le patrimoine n'étant jamais que l'expression économique de la personne. L'équivalence éventuelle, toujours possible, entre l'obtention d'un bien déterminé et une prestation pratrimoniale pécuniaire, montre que l'obtention de ce bien n'est, elle-même, que l'effet d'une prestation personnelle.

Il convient donc de maintenir la conclusion selon laquelle les droits de créance, ayant pour objet une prestation du débiteur, et conservant leur caractère quel que soit l'objet matériel de cette prestation elle-même, sont, par leur nature, compatibles avec les différents changements qui peuvent affecter cet objet matériel et, par conséquent, avec le fonctionnement de la subrogation réelle.

2e POINT — CONSERVATION DES DROITS REELS

571. — Les données du problème sont ici différentes. Au contraire du droit personnel, le droit réel peut-être considéré comme portant directement sur la chose, en ce sens notamment, qu'il procure toujours cette chose même sans qu'aucun équivalent soit concevable (cf. *supra,* N° 511, *in fine*). Le droit réel s'exécute par son exercice *sur la chose même,* et non par l'intermédiaire d'une prestation dont la chose est le simple moyen et qui, en tant que prestation, est, en dernière analyse, équivalente à toute autre prestation patrimoniale, c'est-à-dire personnelle. C'est en ce sens qu'on peut admettre avec la théorie classique que le droit réel « porte directement » sur la chose. Cette idée se traduit logiquement, en se confirmant, dans le problème qui nous occupe. La nature même du droit réel, considéré en tant que tel, est liée à la nature du bien sur lequel il porte. Et si, comme nous l'avons vu (*supra,* N°s 569 et 570), un droit personnel ne risque pas de se transformer en droit personnel par le seul changement de son objet matériel, à l'inverse, un droit réel peut très bien dégénérer en droit de créance. Par conséquent, *pour qu'un droit réel puisse être conservé par subrogation réelle, il faut que le bien nouveau soit, comme l'ancien, susceptible de droit réel.*

Tel est le principe de base qui domine le fonctionnement de la subrogation dans les droits réels. Il reste à déterminer quels obstacles précis il oppose pratiquement au jeu de la subrogation.

572. — Nous nous bornerons ici à déceler les obstacles pouvant avoir une portée générale à l'égard de tous les droits réels sans nous arrêter à ceux qui sont propres à tel ou tel droit réel particulier. Il est clair qu'en pratique ces derniers obstacles doivent être recherchés pour chaque droit. Mais nous ne pouvons ici aborder ces études de détail qui, au surplus, obéissent à la méthode générale qu'il suffit de dégager seule.

C'est pourquoi, nous ne nous préoccuperons pas des fluctuations matérielles qui substituent, par exemple, un meuble à un immeuble ou inversement. De telles fluctuations ne posent pas de problèmes doués d'une portée s'étendant à tous les droits réels. Les meubles comme les immeubles sont par leur nature susceptibles de droits réels. Aussi faut-il admettre qu'en général du moins, la substitution des uns aux autres, n'est pas incompatible avec la survie du droit réel considéré dans sa seule nature. Mais il est clair que ce genre de fluctuation peut mettre obstacle à la survie de tel ou tel droit réel particulier. Les droits réels immobiliers, par exemple, ne peuvent tolérer la substitution d'un meuble à l'immeuble sur lequel ils portaient initialement. Ainsi, il faut admettre l'impossibilité d'une telle subrogation dans l'hypothèque, tout au moins pour ce qui concerne la survie de ce droit dans sa phase conservatoire en dehors de l'exercice du droit de préférence (12). Quelles que soient les raisons, certes fort importantes, mais malgré tout contingentes (cf. *supra*, N° 566), qui justifient la prohibition des hypothèques mobilières, cette prohibition est une règle positive qui écarte toute possibilité de subrogation d'un meuble à un immeuble dans l'assiette de l'hypothèque, à moins toutefois qu'une décision spéciale législative prévoyant la transformation de l'hypothèque initiale en hypothèque mobilière, n'intervienne (13). De telles décisions spéciales de subrogation sont assez rares. Il en existe toutefois. On peut citer, à cet égard, l'article 24, al. 6 à 8, de la loi du 12 juillet 1941, sur la recons-

---

(12) L'exercice de ce droit de préférence consiste dans une subrogation réelle institutionnelle (cf. *supra*, N° 554 et *infra*, N°s 689 et suivants) qui, naturellement, substitue un meuble (une créance et notamment la créance du prix de vente) à l'immeuble hypothéqué.

(13) Cette décision spéciale coïncide avec celle dont l'analyse de l'hypothèque, considérée dans son individualité et non plus dans sa nature, fait apparaître la nécessité (cf. *infra*, N° 664). Il faut seulement remarquer ici, que le caractère de droit réel immobilier reconnu à l'hypothèque suffirait à démontrer cette nécessité.

truction des immeubles détruits par la guerre qui transportait sur les *créances* reconnues aux propriétaires sinistrés contre les associations syndicales de remembrement, les droits des tiers qui grevaient les immeubles détruits ou endommagés (cf. *supra*, N° 543, note 138). Cette disposition visait surtout les privilèges et hypothèques. Bien que le législateur eût organisé « l'immobilisation » de cette créance, il transportait, en réalité, les hypothèques grevant l'immeuble détruit sur un véritable meuble (cf. *supra, ibid.*), et cela indépendamment de l'exercice du droit de préférence, la créance contre l'association syndicale n'étant pas normalement éteinte par le versement d'un somme d'argent, mais par l'attribution d'un nouvel immeuble après remembrement.

De cette disposition remarquable, qui a cessé de s'appliquer aujourd'hui, il convient de rapprocher l'actuel article 32 de la loi du 28 octobre 1946 sur la réparation des dommages de guerre qui transporte sur l'indemnité de reconstitution les droits réels grevant le bien sinistré (cf. *supra, ibid.*).

On mesure ainsi la portée particulière des problèmes soulevés par des fluctuations comme celle qui résulte de la subrogation d'un meuble à un immeuble. D'autres fluctuations, au contraire, posent des questions qui intéressent l'ensemble des droits réels. Telles sont celles qui substituent un bien incorporel à une chose corporelle, ou un genre à un bien individualisé. C'est la compatibilité entre ces fluctuations et la survie des droits réels, en général, qu'il convient d'étudier ici.

I. — SUBSTITUTION D'UN BIEN INCORPOREL A UNE CHOSE CORPORELLE

573. — Une telle fluctuation pose un problème qui, si on se rangeait à l'opinion couramment admise, devrait se résoudre dans un sens défavorable à la subrogation réelle. C'est cette opinion qu'il convient de rappeler et surtout d'examiner sous un angle critique, vu sa réaction sur le fonctionnement de la subrogation.

A. — L'opinion couramment admise.

574. — Il n'est pas douteux que, selon la doctrine traditionnelle couramment admise par la grande majorité des auteurs contemporains, le droit réel ne peut exister que sur une chose matérielle, donc corporelle. A la vérité, cette idée n'est pas exprimée, avec précision du moins, par les auteurs lorsqu'ils étudient, sur un plan général et domestique, la distinction des droits réels et des droits personnels. L'affirmation qui est alors énoncée par tout le monde conclut seu-

lement à l'exigence d'une chose *déterminée* (14), ce qui exclut les choses futures et les choses de genre, mais non les choses incorporelles, lesquelles peuvent être parfaitement déterminées (un fonds de commerce, droits divers réels ou personnels comme les créances). Toutefois, la nécessité d'un objet matériel corporel est incidemment affirmée à mainte occasion. Ainsi, pour ne prendre qu'un exemple qui touche à la subrogation réelle, M. Ripert, lorsqu'il commente l'article 575, al. 2, C. Com., relatif à la revendication par le déposant de la créance du prix des marchandises déposées chez un commerçant failli, croit devoir remarquer que la revendication, parfaitement admissible sur les marchandises elles-mêmes, n'est pas possible sur une créance, et que cette prétendue revendication n'est qu'une action directe contre le débiteur du prix (15). D'autres exemples de cette opinion ne concernant pas directement la subrogation réelle abondent (16). La portée générale de cette opinion est tellement certaine que des auteurs ont consacré à sa critique de longs et importants développements (17).

L'incidence d'une telle opinion sur la subrogation réelle ne saurait échapper. Si on admet l'impossibilité pour le droit réel de porter sur une chose incorporelle, la subrogation réelle doit être exclue chaque fois qu'une telle chose remplace un corps certain, le droit réel devant alors nécessairement changer de nature. C'est ce que remarque M. Ripert à propos de l'article 575, al. 2, C. Com., en faisant observer que « la nature du droit du commettant change » (18). La subrogation se trouve tout particulièrement exclue sur les créances, et notamment sur la créance du prix de vente. Or, comme la vente réalise la fluctuation qui crée l'occasion la plus fréquente de subrogation réelle (cf. *supra*, N° 263), comme, d'autre part, l'opinion qui déclare impossible l'existence d'un droit réel sur une telle créance est partagée par la doctrine la plus courante, il importe, au premier chef, d'examiner le bien-fondé de cette opinion ou, tout au moins, d'en préciser la signification et la portée.

---

(14) Cf. Aubry et Rau, II, N° 172, p. 73 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, N° 7, p. 7 ; Planiol, I, N° 2164.

(15) Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, N° 2776.

(16) Cf., par exemple, Ripert et Boulanger, I, N^{os} 3514 et 3517, pour l'usufruit des créances ; Ripert *Droit commercial*, N° 1784 pour la propriété de la provision dans la lettre de change.

(17) Cf. Demogue, *Notions fondamentales du droit privé ;* pp. 440 et suivantes ; Rigaud, thèse, pp. 143 et suivantes, 164 et suivantes, 294 et suivantes.

(18) Ripert, cf. *supra*, note 15. Cette remarque n'empêche du reste pas M. Ripert de faire appel à l'idée de subrogation réelle, ce qui, nous le savons (cf. *supra*, N^{os} 496 et suivants) est une contradiction.

B. — Examen critique de cette opinion.

575. — Un premier point mérite de retenir l'attention dès l'abord. Tous les auteurs qui ont étudié la subrogation réelle ont admis que cette subrogation était possible de la créance du prix à la chose vendue, même à l'égard des droits réels qui grevaient la chose vendue et, notamment, du droit de propriété. Le jeu de cette subrogation se trouve admis par la théorie classique elle-même dans sa maxime célèbre : *in judiciis universalibus pretium succedit loco rei* (cf. *supra*, N° 16), et l'on sait l'étendue quasi illimitée que Capitant reconnaît à la subrogation du prix à la chose dans les droits réels qui portaient sur cette chose (cf. *supra*, n° 41).

Faut-il en conclure que la doctrine n'admet pas que la subrogation réelle doive conserver les droits réels dans leur nature ? La réponse est rendue délicate par l'absence d'analyse rationnelle du concept de la subrogation réelle. Il semble pourtant acquis que les auteurs considèrent généralement ce procédé comme conservant le droit réel. Tel est, par exemple, son avantage vanté sous le régime de communauté, où la subrogation conserve aux époux leur droit de propriété en l'empêchant de dégénérer en simple droit de créance contre la communauté (19). Et cette remarque vaut pour la subrogation au premier degré, admise sous ce régime, sur les créances de prix de vente ou d'indemnité (cf. *infra*, N° 681).

Doit-on alors admettre que la subrogation réelle dérogerait à la règle générale interdisant les droits réels sur des créances ? Il est fort douteux que les auteurs le pensent. Cette opinion serait en tout cas inadmissible, la subrogation réelle ne se créant pas ses propres moyens de réalisation et demeurant essentiellement soumise à la technique générale (cf. *supra*, N°s 545 et suivants et 560).

En réalité, c'est l'affirmation, générale et courante, selon laquelle les droits réels ne peuvent porter sur des biens incorporels qui doit voir son sens précisé. Cette précision est indispensable pour expliquer le fonctionnement de la subrogation réelle sur les biens incorporels en général et sur les créances en particulier.

Il est clair que, prise à la lettre, l'affirmation courante ne traduit ni la réalité des choses, ni l'analyse rationnelle.

576. — Le droit positif offre maints exemples de droits réels portant sur des objets incorporels. La propriété, l'usufruit, les sûretés réelles sur le fonds de commerce sont aujourd'hui admis largement (20). Les phénomènes de

(19) Cf. Planiol et Ripert, VIII, par M. Nast, N°s 452, note I.

(20) Cf. Ripert, *Droit commercial*, N°s 541 et suivants ; Ripert et Boulanger, I, N° 3603.

« droit sur droit » sont, du reste, fort nombreux dans notre technique juridique. Ainsi, l'hypothèque ne grève pas, à proprement parler, les biens matériels mais les autres droits réels qui portent sur ce bien : propriété, usufruit, servitude (21). Et si l'usufruit, de son côté, peut grever la chose elle-même, il lui arrive de grever d'autres droits réels : servitude, emphytéose et même autre usufruit (22). Tous ces droits réels sont en eux-mêmes des biens incorporels (23).

Il faut même aller plus loin, en remarquant que le droit positif consacre l'existence de droits réels sur des droits personnels comme les créances. L'usufruit des créances, des actions ou parts dans les sociétés a pénétré dans les mœurs (24). L'exercice du droit de préférence du créancier hypothécaire n'est au fond que le transport, par la subrogation réelle, du droit réel d'hypothèque sur la créance du prix de vente (cf. *supra,* N° 554). Quant à la propriété de certaines créances, la loi, sous la poussée de la pratique, la consacre expressément. Qui hésite, par exemple, à parler avec le législateur et la jurisprudence de la propriété des actions ou parts de sociétés ? (25). Cette tendance s'est exprimée d'une façon caractéristique à propos de la « propriété de la provision » en matière de lettre de change. Ce droit de propriété du porteur de l'effet, sur la créance du tireur contre le tiré, qui a été reconnu d'abord par la jurisprudence puis par l'article 166 C. Com., modifié par la loi du 8 février 1922, permet notamment au porteur, non payé à l'échéance ou au moment de la faillite du tireur, de revendiquer la provision par préférence aux autres créanciers du tireur (26). Le législateur n'adoptait du reste pas une attitude novatrice pour traduire ces prérogatives par l'idée de droit réel de propriété ; déjà l'article 575, al. 2, du C. Com., concernant directement la subrogation réelle, n'avait pas hésité à parler de « revendication » par le déposant contre la faillite du dépositaire, de la créance du prix des marchandises vendues par ledit dépositaire (cf. *supra,* N° 573 et *infra,* N° 662).

Il est bien vrai que, dans tous ces cas, le caractère de droit réel sur la créance a été contesté. A l'égard des droits

---

(21) Cf. Planiol, II, N° 2701.

(22) Cf. Ripert et Boulanger, I, N° 3513 ; cette constatation a justement conduit certains auteurs à dénoncer l'étroitesse et l'illogisme de notre conception traditionnelle de la propriété et des droits réels. cf. Paniol et Ripert, III, par M. Picard, N° 758.

(23) Cf. *Op. cit.*, N°s 2581 et suivants.

(24) *Op. cit.*, N°s 3604 et suivants, 3609 et suivants.

(25) V., par exemple, les articles 26 et 27 de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés par actions et Paris 19 janvier 1897, D. 1900. 2. 129.

(26) Cf. Ripert, *Droit commercial,* N° 1784 ; P. Chauveau, *La législation nouvelle des effets de commerce,* 1936, N°s 224 et suivants.

sur les actions et parts dans les sociétés, on parle d'incorporation ou de matérialisation du droit dans le titre (27) ; quant aux « revendications » de créances, des auteurs comme M. Ripert n'hésitent pas à en repousser la notion pour la remplacer par celle de droit exclusif (28), ou d'action directe (29) du réclamant contre le débiteur. Mais on peut se demander si ces explications, qui représentent des moyens divers d'éviter une contradiction avec les affirmations couramment admises, correspondent à des réalités véritables. C'est ce point essentiel qu'il convient d'éclairer en analysant rationnellement ces phénomènes de droits sur droits.

577. — Pour apprécier la valeur scientifique de l'affirmation courante, il convient de se reporter aux caractères techniques *essentiels* du droit réel. Nous avons vu que ces caractères se ramènent à la notion d'opposabilité, distincte de celle d'obligation (cf. *supra,* N^{os} 504 et suivants). Toute la question est donc de savoir si cette opposabilité est impossible sur des biens incorporels. Or, rien, dans la nature incorporelle d'un bien n'exclut nécessairement l'opposabilité. Celle-ci exige seulement, pour s'exercer, qu'on puisse identifier ce qu'on prétend appréhender. Comme on l'a justement dit, « pour pouvoir s'affirmer propriétaire, il faut nécessairement pourvoir dire : voilà ce qui est à moi ; or, cela est impossible s'il s'agit d'une chose indéterminée » (30). Or, un bien incorporel n'est pas forcément indéterminé. Et rien ne fait obstacle à sa rigoureuse identification. Aussi bien, l'opposabilité est-elle parfaitement concevable à son égard. La preuve en est que celle-ci peut fonctionner à propos de certaines situations contractuelles qui s'opposent aux tiers en vertu de la théorie dite des tiers complices (cf. *supra,* N° 500 texte et notes 45 et 46, et n° 510). De même, on a justement remarqué que la protection de la vie, de l'honneur, de la santé des personnes est sanctionnée de la même façon que la propriété (cf. *supra,* N° 510 texte et note 81). Si l'opposabilité fonctionne dans les conditions pratiques les plus satisfaisantes sur des biens matériels doués d'une réalité concrète visible et tangible, il ne faut donc pas en conclure que cette matérialité est une condition *nécessaire.* L'opposabilité qui caractérise le droit réel est parfaitement

---

(27) Ce raisonnement qui vise les titres au porteur (cf. Ripert et Boulanger, I, N^{os} 2686 et 2687) s'applique aussi aux titres nominatifs (*op. cit.,* N° 2702).

(28) Pour la propriété de la provision, cf. Ripert, *Droit commercial,* N° 1784.

(29) Pour la revendication prévue par l'article 575 du Code de commerce, cf. Ripert, *op. cit.,* N° 2776.

(30) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens,* N° 7.

concevable et pratiquement applicable aux biens incorporels, pourvu que ceux-ci soient individualisés.

578. — Il est vrai que le problème se pose dans des termes particuliers lorsque le bien incorporel est lui-même un droit personnel, une créance. L'existence d'un droit réel sur un tel bien paraît alors devoir conduire à une contradiction tenant au critérium même de la distinction entre les droits réel et personnel. N'est-il pas singulier, en effet, après avoir précisément défini les droits réel et personnel en les opposant l'un à l'autre (cf. *supra,* N^{os} 496 et s.), de les faire coexister à propos d'un même lien de droit ? Comment le droit réel, que nous avons caractérisé comme n'étant pas obligatoire mais simplement opposable (cf. *supra,* N^{os} 501 et s.), pourrait-il porter sur une créance, génératrice par définition d'une obligation à l'encontre du débiteur ? Finalement, le titulaire de ce prétendu droit réel n'a-t-il pas seulement dans son patrimoine une créance contre le débiteur ? Aussi paraît-il normal que ce soit l'existence d'un droit réel sur une créance qui ait suscité en doctrine des contestations particulièrement marquées (31).

L'objection, ainsi présentée, pour exacte qu'elle soit, ne saurait conduire à rejeter les droits réels sur des créances et notamment les revendications de celles-ci, qu'au prix d'une confusion. Il importe, en effet, de distinguer les rapports juridiques auxquels on entend appliquer les notions de droit réel et de droit personnel. Qu'on se reporte aux différentes hypothèses où intervient la notion de « revendication » de créance (cf. *supra,* N° 576) et l'on verra que le rapport juridique auquel on prétend appliquer cette notion n'est pas le même que celui où prévaut et où doit, en effet, prévaloir l'analyse du droit personnel.

Si on analyse *le rapport juridique établi entre le créancier et le débiteur,* il n'est pas douteux qu'on ne doive y voir qu'un droit de créance au sens exact et rigoureux du terme. Il est vrai que dans le patrimoine du réclamant triomphant sur sa demande, il n'existe contre le débiteur qu'une créance. Toute idée de « propriété » de cette créance doit être écartée comme déplacée, tant qu'on envisage le seul rapport entre le créancier et son débiteur. Tout au plus peut-on admettre, à la rigueur, qu'on fasse appel avec certains auteurs (32) à l'idée de « titularité » moins dangereuse, car beaucoup plus vague et du reste, par là même, à peu près inutile. Le créancier est titulaire de sa créance, tout comme de n'importe quel autre droit composant son patrimoine.

Mais si on envisage *le rapport juridique existant entre le*

(31) Cf. Auteurs cités, *supra,* notes 15 et 16.
(32) Cf. Rigaud, thèse, p. 410 et suivantes.

réclamant et le possesseur ou le détenteur de la créance, la notion de droit personnel devient insuffisante et même inexacte pour rendre compte de situations comme celles régies par l'article 575, al. 2, C. Com., ou l'article 116 C. Com. sur la propriété de la provision dans la lettre de change. La règle alors est précise et nette : le déposant, ou le porteur, réclame la créance sans avoir à subir la loi du concours avec les créanciers du dépositaire ou du tireur failli. Eventuellement, entre différentes personnes prétendant à un droit sur la créance, on applique la règle *prior tempore potior jure* (rappr. *supra,* N° 500), comme c'est le cas à propos des droits du porteur d'une lettre de change, sur la provision (33).La situation ainsi faite au réclamant n'est pas celle d'un créancier. Elle diffère, d'une façon dont l'importance ne peut échapper, de celle d'un créancier exerçant une saisie-arrêt sur cette créance. C'est donc à juste titre que l'asssimilation du réclamant à un créancier doit être écartée, car la notion de droit de créance ne rend pas compte de cette situation. L'idée de droit réel, au contraire, l'exprime très fidèlement. Le réclamant ne fait pas autre chose qu'*opposer* son droit au détenteur de la créance ainsi qu'aux tiers et notamment aux créancers de ce détenteur. A l'égard de ces personnes il exerce son droit, exactement comme il exercerait un droit réel sur une chose corporelle. La pratique l'a bien senti lorsque, par une tendance invincible, elle parle de « revendication », de « propriété », en un mot de droit réel. Ce réflexe procède d'une perception exacte de la réalité. Les théoriciens y opposent en vain l'affirmation selon laquelle un droit réel ne peut porter que sur un bien corporel. Cette affirmation, pour traditionnelle qu'elle soit, n'en est pas moins gratuite. Elle ne saurait s'imposer alors qu'elle méconnaît une situation capitale. Aussi, la pratique ne s'est-elle jamais démentie en la rejetant et en continuant à parler de revendication de créance, de propriété de la provision, etc...

Ces deux séries de rapports juridiques qui interviennent dans les phénomènes de droit réel sur créance étant ainsi soigneusement distingués, on aperçoit la portée et le sens qu'il convient de reconnaître à un tel droit réel. Il ne peut y avoir de tel droit que dans le rapport entre le réclamant et *les personnes autres que le débiteur :* par exemple, le détenteur de la créance ou ses créanciers. Alors, le réclamant ne fait qu'opposer son droit, comme le fait tout titulaire de droit réel. Ce phénomène n'a, au demeurant, rien de surprenant, l'opposabilité pouvant fonctionner, nous l'avons vu, à propos de biens ou de situations tout aussi abstraites, sinon plus, qu'une créance (cf. *supra,* N° 577). Quant au rapport juridi-

(33) Cf. Chauveau, *op. cit.,* N° 235.

que établi entre le créancier et le débiteur, qui se ramène naturellement à un droit personnel, il n'est que l'*objet* du droit réel analysé dans le rapport entre le réclamant et le détenteur ou tout autre tiers à qui le droit est opposé. Que la nature particulière de cet objet imprime à l'exercice du droit réel, un aspect particulier, c'est ce dont on ne peut douter. Ce droit réel aboutira, en définitive, à permettre au réclamant reconnu créancier d'agir contre le débiteur, c'est-à-dire d'exercer un droit personnel. Mais il importe alors de remarquer que cette prérogative concerne, au fond, le *contenu* du droit réel invoqué, et non son *mode d'exercice*. L'exercice de l'action personnelle contre le débiteur n'est rien d'autre que l'usage de la créance. Et cet usage prend cet aspect lorsque le droit réel invoqué est le droit de propriété. S'il s'agissait de l'usufruit, cet usage serait différent, tout en aboutissant à utiliser une prérogative à l'encontre du débiteur (perception des intérêts) (34). Or, nous avons vu que les prérogatives formant le contenu des droits permettaient de différencier les différents droits réels entre eux, mais non de les opposer aux droits de créance (cf. *supra*, N^os^ 490 et 491). La distinction des droits réels et personnels soulève seulement une question de mode d'exercice de ces prérogatives. Et, dans le problème qui nous occupe, ce mode d'exercice est caractérisé, non pas par le caractère personnel de l'action contre le débiteur, mais par le caractère *exclusif* de cette action, c'est-à-dire par le fait que cette action, quel que soit son objet exact (paiement, intérêts, arrérages selon le cas), peut être intentée par le réclamant, reconnu créancier du débiteur, par préférence à tous les tiers : détenteur de la créance ou ses créanciers. Or, c'est seulement dans la mesure de cette exclusivité et à l'égard des personnes qu'elle évince qu'on peut et qu'on doit parler de droit réel. Ainsi, aucune contradiction n'existe, au fond, entre le caractère réel de la réclamation et le caractère personnel de l'action, simple objet de cette réclamation. Ces deux caractères ne concernent pas le même rapport juridique. Et cette différence de domaine correspond exactement aux deux catégories de prérogatives qu'il convient de distinguer pour déterminer la nature d'un droit (cf. *supra*, N^os^ 490 et 491) : le caractère réel précise le mode d'exercice exclusif de ce droit (opposé au détenteur et autres tiers) ; le caractère personnel marque le contenu de ce droit, contenu qui s'exerce à l'encontre du débiteur.

Ainsi, apparaît en toute lumière le défaut de l'opinion classique et courante qui refuse toute possibilité de droit réel sur une créance. Cette attitude résulte, en réalité, de

(34) Cf. Ripert et Boulanger, I, N^os^ 3604 et suivants, 3609 et suivants.

la tendance classique, souvent signalée et expliquée historiquement, à confondre les droits, et surtout le droit de propriété, avec leur objet (35). Cette tendance conduit normalement à ne voir dans les phénomènes de droit réel sur droit de créance, que ce dernier droit et, par conséquent, que le rapport personnel établi entre le créancier et le débiteur. De même qu'on a été amené à dire « mon bien, ma chose » au lieu de « la chose dont j'ai la propriété », on est conduit à dire « ma créance » et à ne voir que le droit personnel que cette créance confère. Le même glissement de pensée qui conduit à « matérialiser » le droit réel de propriété avec son objet lorsque celui-ci est matériel, incite à le « personnaliser » lorsque cet objet est un droit personnel. Et, dans ce dernier cas, si l'on ne voit plus que le seul rapport entre le créancier et le débiteur, le droit réel devient effectivement inconcevable. C'est cette tendance à assimiler le droit à son objet qui explique l'inaptitude de la théorie classique, fort bien soulignée par Demogue (36), à expliquer les phénomènes de superposition des droits. Et c'est en application de la même tendance, que certains auteurs, étudiant les articles 116 et 575, al. 2, du C. Com., ont prétendu écarter toute idée de propriété ou de revendication de créance, en y substituant celle de droit exclusif ou d'action directe contre le débiteur (37), explication qui marque bien le souci de ne considérer que le rapport entre créancier et débiteur. Si, au contraire, en distinguant ce rapport où, effectivement, n'existe qu'un droit personnel, de celui qui unit le réclamant au détenteur et autres tiers, on évite de confondre le droit mis en œuvre par ce réclamant à l'encontre de ces personnes, avec son objet, la superposotion des droits s'explique aisément. Et le recours aux idées d'action directe ou de droit exclusif paraît alors bien vain. Sans doute, le revendiquant d'une créance bénéficie d'une action directe, d'un droit exclusif contre le débiteur. Mais ce fait n'exclut, en aucune façon, l'idée de droit réel ; bien au contraire, il en est l'expression. Cette action directe et exclusive n'est que le mode d'exercice du droit réel lorsqu'il a pour objet une créance. Car enfin, cette idée d'action directe n'implique pas seulement l'existence d'un rapport entre créancier et débiteur. Que signifie, en effet, le caractère *direct, exclusif,* de cette action, sinon que le réclamant oppose son droit au détenteur de la créance (dépositaire failli, article 575, al. 2, C. Com., tireur de la lettre de change, article 116 C. Com.) et à ses créanciers et, par conséquent, écarte toute prétention de ceux-ci à concourir avec lui ?

(35) *Op. cit.*, N° 2583.
(36) Demogue, *Notions fondamentales*, p. 440.
(37) cf. Ripert, *Droit commercial*, N°s 1784 et 2776, cf. *supra*, N° 576.

Refuser de reconnaître un droit réel et, par conséquent, une opposabilité, dans ce phénomène, et invoquer à sa place l'idée d'action directe et exclusive qui n'en est, en réalité, que l'expression fidèle adaptée à la nature particulière de l'objet, revient simplement à jouer sur les mots (38). Ce qui compte, c'est la réalité des faits. Or, si les faits révèlent dans une certaine série de rapports juridiques la même opposabilité que celle par laquelle on définit essentiellement le droit réel, il faut reconnaître ouvertement l'existence d'un tel droit, même s'il porte sur une simple créance.

Ce n'est donc pas sans raison que la pratique adopte cette attitude. Il faut voir là plus qu'une simple manière commode de s'exprimer. Une réalité incontestable se trouve ainsi traduite par un langage technique justifié. C'est du reste ce que reconnaît, et même proclame, une partie de la doctrine. Cette opinion ne se limite pas à certaines applications particulières, par exemple celle qu'en font les auteurs qui n'hésitent pas à qualifier le droit du porteur sur la provision dans la lettre de change « de droit de propriété à ranger dans la catégorie des droits réels » (39) ; une portée générale lui est reconnue par des auteurs comme Demogue, dont M. Rigaud résume ainsi l'opinion que nous venons de vérifier par l'analyse technique, et qu'on ne peut mieux faire que citer pour conclure : « ... il est très avantageux et nullement antiscientifique de traiter les droits comme des choses, car la notion de chose ne doit pas... être bornée aux *corpora,* qui existent matériellement dans la nature. La notion de chose est une représentation intellectuelle qui ne se limite pas à ce qui se touche et ce qui se voit ; il n'est nullement illogique de parler de choses incorporelles et de ranger les droits parmi les choses incorporelles en les envisageant comme valeurs économiques. Or, avec le concept de chose incorporelle ou intellectuelle, les phénomènes de droit sur droit s'expliquent aisément ; un droit de créance considéré comme une chose incorporelle peut très bien être l'objet d'un droit réel » (40).

579. — Ainsi, la notion de droit réel sur une chose incorporelle, même sur une créance, étant admise, la subrogation réelle peut remplir sa mission conservatrice du droit réel sur

---

(38) On peut en dire autant de la prétendue « corporalisation » des actions et parts de sociétés dans les titres qui les constatent (cf. *supra,* N° 576 texte et note 27). Cette explication paraît bien n'être qu'une illustration de la tendance courante de la pensée juridique à rattacher les phénomènes nouveaux, insolites, aux idées traditionnelles, c'est-à-dire à transposer l'inhabituel dans l'habituel. Nous avons déjà rencontré des manifestations typiques et analogues de cette tendance (cf. *supra,* N°s 543 et 550).

(39) Chauveau, *op. cit.,* N° 226, 2°.

(40) Rigaud, thèse, p. 164.

une telle chose, sans, pour autant, méconnaître les données de la technique générale à laquelle elle demeure soumise. Il convient, en effet, de remarquer que le rapport entre le réclamant et le détenteur de la créance (ou les créanciers de ce détenteur), rapport dans lequel le droit réel est possible, est précisément celui qui correspond au rapport principal dans le mécanisme de la subrogation. Ce rapport est, seul, le siège de la conservation du droit (*supra*, N^os^ 67 et 68). Par conséquent, il est normal, lorsqu'on étudie la subrogation d'une créance à une chose corporelle, à l'égard du droit réel qui portait initialement sur cette dernière chose, de ne considérer que le rapport entre le revendiquant et le détenteur ou le possesseur et non le rapport entre le créancier et le débiteur, ce rapport ne comportant que le nouvel *objet* du droit réel. Et, dans le rapport revendiquant-possesseur, le droit réel est concevable et, par conséquent, la subrogation possible. Il s'ensuit donc, logiquement, que *la substitution d'une chose incorporelle, et notamment d'une créance, à une chose corporelle, n'apporte pas, par elle-même, d'obstacle à la conservation du droit réel considéré dans sa nature.*

L'analyse de la subrogation réelle conduit finalement à mettre en lumière une lacune importante de la théorie classique, que des auteurs comme Demogue et Rigaud ont dénoncée, sans que l'ensemble de la doctrine contemporaine ait paru s'arrêter à leurs conclusions. Pour comprendre la subrogation réelle et pour en admettre le fonctionnement le plus courant, il est indispensable de reconnaître l'existence de droits réels sur des créances. L'assimilation des biens incorporels aux biens corporels à laquelle on arrive sur ce point, rejoint du reste très exactement les précisions que nous avons dû apporter en étudiant la fluctuation : la matérialité nécessaire de l'objet du droit doit s'étendre aux choses incorporelles, celles-ci se comportant comme les choses corporelles dans le phénomène de remplacement (cf. *supra*, N° 168), à la condition, naturellement, qu'elles soient, comme elles, individualisées. C'est à cette condition, elle-même générale, qu'il convient maintenant de nous arrêter quelque peu.

II. — SUBSTITUTION D'UN GENRE A UN BIEN INDIVIDUALISE

580. — A cet égard, une règle générale est affirmée d'une façon plus unanime encore qu'à propos des choses incorporelles, mais individualisées : le droit réel ne peut porter que sur une chose déterminée, identifiable. Les raisons qui poussent l'opinion traditionnelle à rejeter les droits réels sur toutes choses abstraites et non tangibles valent, *a fortiori*, pour les choses de genre qui, à tout prendre, procèdent d'une

simple façon d'envisager certaines choses matérielles considérées comme équivalentes et, par conséquent, sans individualité concrète (41). C'est cette règle générale qu'il convient d'abord d'examiner dans ses rapports avec la subrogation réelle.

Nous aurons, ensuite, à en préciser la portée. Si les droits réels s'éteignent lorsqu'un genre, et notamment une somme d'argent, succède à une chose déterminée, comment ce droit réel peut-il se retrouver quand cette somme d'argent sert à acquérir un autre bien ? C'est le problème de l'analyse de la subrogation réelle en cas de remploi, occasion courante et classique de subrogation, qui est ainsi soulevé.

A. — Règle générale : extinction des droits réels sur des genres.

581. — L'impossibilité pour un droit réel d'exister sur un genre est la conséquence logique et nécessaire du concept même de l'opposabilité (42). Celle-ci est caractérisée par le respect imposé aux autres personnes, du droit existant sur une chose, respect éventuellement sanctionné par la responsabilité délictuelle du contrevenant (cf. *supra*, N°s 505 et s.). Comment ce respect serait-il concevable si ceux qui y sont astreints ne pouvaient savoir sur quelle chose exacte il s'impose à eux ? Un droit à une simple qualité ou quantité ne peut s'opposer à quiconque puisque, par hypothèse, il est susceptible d'exécution sur toute chose équivalente à celle sur laquelle il serait supposé être violé. La conception de l'opposabilité sur un genre se détruit à l'instant même où on l'imagine.

Cette impossibilité technique correspond, du reste, exactement à la mission sociale reconnue au droit réel. Cette mission consiste essentiellement à protéger le fait de possession contre des atteintes que les tiers, quels qu'ils soient, sont susceptibles de lui porter (cf. *supra*, N° 510). Or, on ne possède que ce qui est identifiable. Et les tiers ne peuvent être astreints à respecter que les situations établies sur des choses déterminées. Certes, les choses incorporelles, pour abstraites qu'elles soient, n'en sont pas moins strictement individualisées et, par conséquent, susceptibles de droits doués d'opposabilité. Il en est ainsi notamment, nous l'avons vu, des créances (*supra*, N° 518) et même de certaines situations contractuelles considérées dans leur ensemble (cf. *supra*, N°s 500, 510 et 577). De tels biens, de telles situations, bénéficient à

(41) Cf. Ripert et Boulanger, I, N° 2594.

(42) Cette impossibilité vaut aussi pour les choses futures également indéterminées. Mais l'hypothèse des choses futures est hors du champ de notre étude.

certaines personnes et l'on conçoit aussi bien l'intérêt qui s'attache à leur protection sociale par l'opposabilité, que la possibilité technique de celle-ci. Au contraire, une chose indéterminée, une quantité, une qualité, peut fort bien jouer un rôle dans le paiement dû par un débiteur à un créancier. Mais aucune possession à protéger socialement contre les tiers, même entendue au sens large, ne se conçoit sur des entités sans individualité.

Aussi, l'impossibilité des droits réels sur des genres a-t-elle été reconnue non seulement par les auteurs classiques (cf. *supra,* N° 577 texte et note 30), mais encore par Planiol (43), et même par des auteurs qui, comme Demogue, réduisent au minimum les différences entre les droits réel et personnel (44).

582. — Les données propres au droit réel rejoignent ainsi celles qui concernent tout spécialement la subrogation réelle. Nous avons vu que la fluctuation de l'objet d'un droit ne se conçoit que si cet objet est initialement individualisé (cf. *supra,* N^{os} 164 et suiv.) et que l'objet de remplacement doit, de son côté, présenter le même caractère (cf. *supra,* N^{os} 306 et suiv.). Dans les droits réels, l'individualisation de la contre-valeur est donc exigée non seulement par l'analyse de l'objet de la subrogation, mais encore par la nécessité de conserver le droit réel comme moyen technique d'appréhension des choses (comp. *supra,* N° 312). Le droit réel dégénérant nécessairement en droit de créance sur un genre, la subrogation réelle devient techniquement impossible à l'occasion d'une telle fluctuation.

Nous avons déjà étudié les conditions requises pour que le bien nouveau soit doué d'une suffisante individualité. Il nous suffit ici de renvoyer à cette étude (cf. *supra,* N^{os} 307 et suiv.), et notamment à la recherche de certains cas, où l'individualisation pouvait être considérée comme suffisante malgré l'apparition d'une somme d'argent à la place du bien initial (cf. *supra,* N^{os} 308 et suiv., 403 et suiv.). Nous avons analysé ces cas et remarqué à quel point ils sont douteux, discutables et finalement difficiles à imaginer (cf. *supra, ibid.*). Nous n'y reviendrons pas et nous bornerons, ici, à quelques remarques sur ce sujet.

D'abord, si on parvient à individualiser une valeur, même lorsqu'elle se trouve contenue dans une somme d'argent, on ne peut plus parler d'un genre véritable. La notion de genre, si elle est dans une certaine mesure conditionnée par la nature des choses, dépend avant tout de l'intention des

(43) Planiol I, N° 2164 ; Ripert et Boulanger, I, N° 2605.
(44) Demogue, *Notions fondamentales,* p. 441 ; Rigaud, thèse, p. 299.

parties (45). C'est au regard de tel droit et plus exactement de tel paiement, qu'une chose matérielle est considérée dans son genre, c'est-à-dire remplaçable par toute chose jugée équivalente. Or, il est clair qu'il ne peut jamais en être ainsi à l'égard des droits réels. Si, par exemple, après le versement d'une somme d'argent au possesseur, on permet au revendiquant de faire porter son action réelle sur cette somme, c'est parce qu'on se trouve dans des conditions tellement particulières (et du reste difficiles à rencontrer en pratique, cf. *supra,* N° 406, *in fine*) que cette somme peut être considérée comme se trouvant *seule* entre les mains du possesseur, de telle sorte qu'on puisse être suffisamment sûr qu'elle provient bien de l'aliénation et, par conséquent, individualise la même valeur que le bien aliéné. Il ne s'agit plus alors d'un genre, mais d'une individualisation particulière et exceptionnelle. Elle est, du reste, tellement contraire aux habitudes reçues qu'on peut douter que la jurisprudence, si elle avait à en décider, admettrait qu'un droit réel pût porter sur cette « somme individualisée ».

Toutefois, et c'est la seconde remarque qui nécessite l'attention, il ne faut pas condamner la recherche ainsi poussée à l'extrême, d'un maintien de l'individualisation. Elle répond à un désir fort compréhensible, dont la justification apparaît précisément à propos de la subrogation dans les droits réels. C'est pourquoi elle mérite d'être rappelée et soulignée ici. Le droit réel, par son opposabilité normalement entendue, et notamment par le droit de préférence qu'il confère à son titulaire, présente un avantage pratique considérable. Il marque une force d'appréhension qui en fait tout le prix. Aussi, est-il regrettable que des circonstances contingentes et aveugles viennent rompre cette force d'appréhension. Il n'est certes pas heureux que le simple fait qu'une créance de prix ou d'indemnité a été versée au possesseur entraîne la dégénérescence du droit du revendiquant en simple droit de créance. Cette rupture non fondée peut paraître particulièrement choquante, par exemple dans l'économie de l'article 132 du Code civil, qui permet à l'absent de retour de reprendre ses biens en nature, le prix de ceux aliénés par l'envoyé en possession, ou les biens acquis en remploi du prix. Si, sur la base de ce texte, on admet la revendication des biens en nature, de la créance du prix, et des biens acquis en remploi, il est regrettable de la rejeter dès lors que le prix a été versé à l'envoyé. Les créanciers de celui-ci bénéficient ainsi d'une circonstance dont il n'est pas juste de faire pâtir l'absent propriétaire. Cette solution rompt l'homogénéité des dispositions de l'article 132. C'est pour éviter cette rupture

(45) Cf. Ripert et Boulanger, I, N° 2594.

que Demolombe, nous l'avons vu, a proposé de permettre la revendication, sauf à l'envoyé à prouver la dissipation du prix (cf. *supra,* N^os^ 309, 404 et suiv.). Cette simple exclusion de la règle *genera non pereunt,* doublée d'un renversement de la charge de la preuve, peut certes paraître insuffisante pour individualiser l'objet de la revendication. Mais le souci de maintenir cette dernière, sauf à se montrer plus rigoureux sur la preuve de cette individualisation, se révèle parfaitement légitime. Dès lors que la subrogation réelle se révèle désirable et fondée par ses buts, seule une règle technique précise et certaine doit conduire à l'exclure. Or, à partir du moment où d'une façon quelconque l'objet de remplacement est individualisé, il est douteux et certainement fâcheux que le droit réel ne puisse survivre. D'où le souci de rechercher à l'extrême l'existence de cette individualisation. Ces considérations, qui sont étrangères à la subrogation dans les droits de créance, sont au contraire rendues très sensibles par la subrogation dans les droits réels.

Ces remarques ne sauraient, au demeurant, obscurcir la règle générale de l'impossibilité des droits réels sur des genres. Cette règle postule l'extinction du droit réel lorsque l'objet de celui-ci cède la place à un genre. Une telle extinction pose naturellement le problème du remploi, qui invite, en réalité, à préciser la portée de la règle générale.

B. — Portée de la règle générale : analyse du jeu de la subrogation en cas de remploi.

583. — Capitant a, sur ce point, émis une opinion dont il convient de rappeler l'exposé et de faire l'examen critique.

1°) *L'opinion de Capitant.*

584. — Après avoir affirmé que les droits réels, notamment les sûretés réelles et la propriété, se transportent toujours d'une chose à la créance de son prix de vente pour des raisons d'équité (cf. *supra,* N° 41), Capitant arrête là la subrogation réelle. Selon lui, la règle générale d'extinction du droit réel sur un genre est douée d'une portée étendue, car elle s'oppose à l'exercice du droit de préférence, marque du droit réel, non seulement sur les deniers versés, mais encore sur les biens acquis en remploi de ce prix. L'extinction du droit réel par le versement du prix est, en effet, *définitive* pour Capitant. « Le droit de préférence, écrit cet auteur, attribut du droit réel, se trouve définitivement éteint par l'effet de l'aliénation suivie du paiement du prix. Il ne peut donc être invoqué à l'encontre des autres créanciers. »

(46) Cf. Rev. trimestr. Dr. civ., 1919, pp. 411 à 415 et *supra,* N° 41.

Il n'est pas douteux qu'on ne doive reconnaître à cette règle, ainsi entendue, qu'un caractère purement technique (cf. *supra,* N° 45). Elle ne saurait s'expliquer par la seule équité. Sans doute, Capitant invoque-t-il l'intérêt des créanciers du possesseur. Mais on ne voit pas en quoi cet intérêt serait plus respectable sur le bien de remploi que sur la créance du prix. Dans la mesure même où l'équité fonde la subrogation de la *créance* du prix à la chose, elle ne saurait justifier la solution exactement contraire en cas de remploi où les raisons de décider ne sont pas différentes. Nous avons vu que l'extinction du droit de préférence sur le prix *versé* lèse déjà injustement le revendiquant au profit des créanciers du possesseur et que, par suite, cette extinction doit être imposée par une règle technique certaine (cf. *supra,* N° 582). Il paraît donc assez peu admissible, sur le plan de l'équité pure, d'invoquer l'intérêt des créanciers, pour rejeter en cas de remploi, une subrogation réelle qui ne ferait, au fond, que rétablir la situation du revendiquant sur la créance du prix, situation dont Capitant lui-même proclame le caractère équitable ! L'extinction définitive du droit réel après le versement du prix, telle que la présente Capitant, doit donc être entendue comme une règle imposée par les nécessités techniques (rappr. *supra,* N° 45).

585. — Sur ce plan, la portée que lui confère implicitement Capitant est très vaste et mérite d'être notée.

Si on admet que le versement du prix entraîne normalement une extinction définitive du droit réel, le remploi ne saurait normalement donner lieu à une subrogation réelle véritable. En effet, le droit réel initial étant définitivement éteint, il ne peut plus exister sur le bien acquis en remploi qu'un droit réel *nouveau,* analogue au premier, mais distinct dans son identité. Et cette novation est exclusive de la subrogation réelle (cf. *supra,* N°s 514 et suiv.) (47). Il s'ensuit, au surplus, que la naissance de ce nouveau droit réel ne peut procéder que d'une décision spéciale conventionnelle (assez peu concevable en pratique dans les rapports entre revendiquant et possesseur) ou légale.

Dans le cadre même de l'opinion de Capitant, on peut, certes, admettre que le remploi soit l'occasion d'une véritable subrogation réelle. Mais il faut alors qu'il soit dérogé à la règle de l'extinction définitive du droit réel initial, par le versement du prix. Une telle exception ne peut, ici encore, résulter que d'une décision spéciale. *L'opinion de Capitant*

(47) Capitant n'ayant pas analysé la subrogation réelle comme nous avons cru devoir le faire, ne tire naturellement pas cette conclusion. Celle-ci ne s'en impose pas moins; et son importance ne saurait échapper.

entraîne donc nécessairement l'exigence d'une décision spéciale pour que la subrogation réelle puisse fonctionner à l'occasion du remploi. Cette conséquence s'impose logiquement.

Or, il est notable que Capitant ne l'a pas consacrée. En cela, il a commis un illogisme, qui n'est du reste pas le seul défaut qu'on doive lui reprocher.

2°) *Examen critique.*

586. — Cet illogisme, premier défaut qui marque l'opinion de Capitant, conduit finalement celui-ci à l'arbitraire.

Cet auteur admet, en effet, que le remploi donne lieu à une subrogation de plein droit, sans décision spéciale, dans tous les cas où cette subrogation présente l'utilité technique de maintenir l'équilibre entre des masses de biens. Ainsi, la subrogation, en cas de remploi, est largement reconnue par Capitant, en l'absence de tout texte la prévoyant, dans l'exercice de la pétition d'hérédité (cf. *supra,* N° 40).

Or, on peut se demander pourquoi la règle technique d'extinction définitive du droit réel de propriété est écartée dans la revendication d'une masse de biens, alors qu'on en consacre le jeu catégorique dans la revendication d'un bien isolé. L'extinction définitive du droit réel par le versement du prix, telle que la présente Capitant, tient à la nature du droit réel et à l'intérêt des créanciers du possesseur (cf. *supra,* N° 584). Elle devrait donc éteindre aussi bien la revendication d'une masse que d'un bien isolé. La différence établie par Capitant entre ces deux hypothèses est donc, à cet égard, arbitraire.

Si on reconnaît le caractère strictement technique de la règle énoncée par Capitant, et cette reconnaissance s'impose (cf. *supra,* N° 584), elle est foncièrement générale. Et la seule question qui se pose, en réalité, est de savoir si cette règle est ou non exigée par les nécessités techniques, c'est-à-dire si elle est ou non exacte.

587. — La réponse à la question ainsi posée fait ressortir le second et principal défaut de l'opinion de Capitant, qui est l'inexactitude.

L'extinction définitive du droit de préférence est exacte et s'explique aisément en matière de sûretés réelles. Les différents privilèges spéciaux, les hypothèques sont le fruit d'une institution dont tout le but et la raison d'être sont précisément d'assurer aux créanciers privilégiés ou hypothécaires le paiement de leur créance, au moyen du prix de vente du bien grevé de sûreté. L'exercice normal du droit réel ainsi reconnu aux créanciers se ramène à la mise en vente et à la distribution du prix. C'est en prévision de cette distribution que

les créanciers sont rangés dans un certain ordre. Et une procédure spéciale, au cours de laquelle chaque créancier est admis à faire valoir son droit à son rang, est organisée pour parvenir à la vente et à la distribution du prix. Dans l'esprit même de cette procédure, il est naturel qu'on exige de chaque créancier une certaine diligence, moyennant quoi son droit sera sauvegardé. L'extinction *définitive* du droit de préférence par le versement du prix se conçoit alors fort bien parce que le paiement de ce prix marque la fin d'une procédure réglementée en vue de ménager les intérêts de chacun. La procédure une fois close, plus rien ne doit être remis en question. Capitant a donc raison en ce cas d'invoquer la règle d'extinction définitive du droit de préférence par le versement du prix. Cette règle se justifie par des raisons propres aux sûretés réelles, droits réels de garantie d'une nature particulière.

Mais cette solution ne vaut qu'au regard du droit de préférence exercé par les créanciers sur saisie (47 bis). Elle perd sa pertinence si le débiteur a vendu le bien de son propre chef sans que le créancier ait vu ses droits protégés (ce qui peut se présenter en matière mobilière). Il en va de même pour les autres droits réels. La situation se révèle, en effet, toute différente lorsque le droit de préférence invoqué est l'attribut d'un autre droit réel, et particulièrement du droit de propriété sur un bien vendu par un possesseur. Le versement du prix au possesseur ne marque plus la clôture d'une procédure protectrice du revendiquant. C'est, au contraire, un événement accidentel, ou du moins contingent, de nature à nuire aux intérêts du véritable propriétaire. Dès lors, la perte par celui-ci de son droit ne peut plus être imposée que par une nécessité inéluctable. C'est dans cet esprit qu'il convient de rechercher si l'extinction *définitive* du droit réel est fondée.

Ce fondement se cherche en vain. La portée de l'extinction du droit réel doit s'apprécier en fonction des raisons mêmes qui justifient cette règle. Ces raisons s'imposent lorsqu'il s'agit d'exercer le droit sur des deniers, donc sur des choses de genre, sans individualité. Alors, la technique de l'opposabilité, marque du droit réel, ne peut fonctionner car elle exige l'individualisation de son objet (cf. *supra,* N° 581).

(47 bis) On peut également l'admettre en cas de destruction du bien grevé de sûreté suivie de l'allocation au débiteur d'une indemnité prévue par la loi du 13 juillet 1930, art. 37. Ce texte requiert, en effet, du créancier une certaine diligence : le créancier doit faire opposition. Sans quoi le paiement de l'indemnité fait de bonne foi au débiteur éteint définitivement le droit du créancier. C'est du moins ainsi qu'on interprète la loi de 1930, article 37 (cf. Planiol et Ripert, XIII, N° 971, à propos de la loi du 19 février 1889, dont le texte a été exactement repris par la loi de 1930). (Cf. *infra,* N° 694).

Encore faut-il n'admettre cette règle que lorsque les nécessités techniques l'imposent inéluctablement, c'est-à-dire lorsque le versement du prix interdit effectivement toute individualisation de l'objet du droit. Or, c'est précisément le contraire qu'il faut admettre en cas de remploi.

La raison qui entraîne l'extinction du droit réel (c'est-à-dire la technique de l'opposabilité) ne vaut, en effet, que si l'objet est indéterminé *au moment de l'exercice du droit.* Telle est la justification et la condition de l'extinction du droit réel sur un genre. Il est clair que cette condition n'est pas satisfaite dans le cas du remploi. D'abord, dans ce cas, l'absence d'individualisation disparaît rétroactivement. On se trouve alors dans un cas-type d'individualisation de la valeur malgré la présence de deniers (comp. *supra,* N° 582). Il est vrai que cette individualisation peut paraître souvent d'une exactitude douteuse. Mais peu importe. A tort ou à raison, la somme remployée est censée provenir du bien aliéné et tenue pour telle. Et cette considération seule compte. Il est vrai aussi que l'individualisation n'est que rétroactive, la présence de deniers dans la filière de la valeur n'étant qu'un fait passé. Mais en cela, précisément, réside le second caractère essentiel du remploi : *au moment de l'exercice du droit réel,* l'individualité du nouvel objet ne souffre plus aucun doute. Par conséquent, la raison de l'extinction du droit a disparu. Cette extinction doit donc être écartée, car elle n'est plus imposée par une nécessité technique certaine et inéluctable. En ne l'écartant pas, Capitant est allé à l'encontre du souci légitime de maintenir la force d'appréhension dans toute la mesure du possible (cf. *supra,* N° 582). Ce maintien étant techniquement possible en cas de remploi, sa consécration s'impose.

La règle de l'extinction *définitive* des droits réels autres que les sûretés réelles, par le versement du prix, est donc inexacte. Elle n'a plus de raison d'être dès lors que la filière de la valeur est rétablie malgré le versement du prix. Aucun obstacle ne s'oppose, du moins de ce chef (48), à la conservation du droit réel initial. Le remploi peut donc donner lieu à une subrogation réelle véritable. Et l'extinction du droit réel sur des choses de genres n'empêche pas cette subrogation de jouer éventuellement de plein droit.

CONCLUSION

588. — De l'étude qui précède, il ressort que la conser-

(48) Il peut naturellement exister d'autres obstacles tenant à la structure technique du droit, considéré dans son individualité (cf. *infra,* N°s 589 et suivants).

vation des droits ne rencontre guère d'obstacle général dans la nature de ces droits. Les prérogatives qui en forment le contenu se prêtent généralement aux diverses fluctuations qui peuvent affecter leur objet. Le mode d'exercice de ces prérogatives se montre tout aussi tolérant. En tant que tels, les droits personnels se révèlent à cet égard particulièrement souples. Mais les droits réels eux-mêmes sont finalement compatibles avec les principaux changements d'objet que la vie juridique courante peut engendrer.

Une seule exception s'offre à l'attention : l'extinction nécessaire des droits réels sur des choses de genre. Mais il importe de remarquer que dans une telle hypothèse, la subrogation réelle devient non seulement impossible dans sa réalisation, mais encore inconcevable dans sa notion, les conditions propres à son objet n'étant pas elles-mêmes satisfaites (cf. *supra,* N^{os} 306 et suiv.). Lorsqu'un genre succède à une chose déterminée, le concept de subrogation réelle doit être écarté, aussi bien dans les droits personnels que dans les droits réels. Par conséquent, l'extinction des droits réels sur des genres, selon le droit commun, ne peut pas être considérée comme un obstacle au simple fonctionnement d'une subrogation, dont la notion même est alors devenue caduque.

Sous le bénéfice de cette remarque, et naturellement, sous réserve de certaines exceptions particulières à certains droits (cf. *supra,* N° 572), on peut donc conclure que sur un plan général, *les différents droits patrimoniaux considérés dans leur nature* (*contenu et force d'appréhension*), *ne s'opposent pas au jeu de la subrogation réelle.* Aucune nécessité de décision spéciale n'apparaît de ce chef.

Cette nécessité apparaît souvent, au contraire, si on analyse la conservation du droit dans son individualité.

SECTION II

CONSERVATION DU DROIT DANS SON INDIVIDUALITE

589. — L'analyse du concept de la subrogation réelle impose, nous l'avons vu (cf. *supra,* N^{os} 515 et 516), de déterminer l'individualité du droit à conserver par sa source et par son sujet actif. Cette conception est donc subjective.

L'objet du droit ne saurait être retenu comme élément d'individualisation puisque, par hypothèse, cet objet est supposé changer. Pour que la subrogation se conçoive, il faut qu'un droit puisse être considéré comme conservé dans son individualité alors même que son objet matériel a changé. *La subrogation réelle suppose donc la fongibilité de deux objets entre eux au regard d'un même droit individualisé par sa source et son sujet actif.* C'est sur ces bases que se pose, à cet égard, le problème du fonctionnement de la subrogation réelle.

Il importe de rappeler que sa solution dépend, ici encore, (rappr. *supra,* N^os^ 560 et 562), des possibilités offertes par la technique générale. La conception subjective de l'individualité des droits, en effet, n'est pas proscrite par la technique générale. Si le critérium objectif répond aux habitudes traditionnelles, il n'a pas, pour autant, une valeur normative exclusive. L'insertion de la conception subjective dans la technique relève d'un relativisme parfaitement viable en droit positif (cf. *supra,* N° 551). De fait, elle reçoit parfois dans ce domaine une consécration expresse (cf. *supra,* N^os^ 552 et suivants).Aussi bien, la technique générale est-elle susceptible d'apporter une réponse à la question de savoir si un droit subjectif individualisé par sa source et son sujet actif, peut ou non survivre, dans son individualité, au changement de son objet matériel.

Tout dépend, à cet égard, du rôle que selon la technique générale, cet objet joue dans l'individualité du droit. Car, pour être viable sur le plan positif, la conception subjective de l'individualité des droits n'est pas, pour autant, nécessairement possible dans tous les cas. Le problème du fonctionnement de la subrogation réelle consiste à préciser la mesure de cette possibilité.

Dans certains cas, on conçoit que le droit, étant individualisé par sa source et son sujet actif, demeure relativement indifférent à l'individualité physique de son objet et puisse, par conséquent, survivre à la disparition de celui-ci. Alors, la technique générale se révèle en accord avec la conception subjective, ou, tout au moins, la tolère ; et la subrogation réelle trouve dans cette technique de larges possibilités de réalisation.

Mais, dans d'autres hypothèses, il peut arriver, au contraire, que, selon la technique générale, l'individualité de l'objet joue un rôle essentiel pour déterminer celle du droit. Celui-ci voit alors son existence même, liée à celle de son objet. Dans un tel cas, la conception subjective imposée par la notion de subrogation réelle apparaît comme irréalisable ; la réalisation de la subrogation se heurte alors à la résistance de la technique générale. Et, demeurant subordonnée à cette

dernière, la subrogation ne peut s'accomplir, du moins sans le secours d'une décision spéciale, habile à lui frayer le chemin en dérogeant aux exigences techniques courantes.

Ainsi, la solution du problème dépend d'un critérium très simple. Selon qu'il existe ou non entre le droit et son objet un véritable *intuitus rei,* la subrogation peut ou non se trouver empêchée. Ce critérium est évidemment formel. Mais c'est le seul qui soit rationnel et doué d'une portée générale. Son application judicieuse dépend de l'analyse de chaque droit en cause. Il convient, en somme, dans chaque cas, de rechercher si l'objet est ou non un élément essentiel d'individualisation du droit, s'ajoutant à la source et au sujet actif. La réponse varie donc avec les droits. Selon qu'elle est négative ou positive, le jeu de la subrogation s'accomplit dans des conditions différentes. C'est pourquoi, il convient, sur un plan général, de distinguer les droits indifférents à l'individualité matérielle de leur objet et ceux qui, au contraire, y sont rivés.

SOUS-SECTION I

SUBROGATION DANS LES DROITS INDIFFERENTS A L'INDIVIDUALITE MATERIELLE DE LEUR OBJET

I. — PRINCIPE DE LA SOLUTION

590. — C'est en cette hypothèse que les conditions de fonctionnement de la subrogation réelle sont les plus simples. Lorsqu'un droit se révèle indifférent à l'individualité physique de son objet, il peut tout naturellement survivre à la disparition de cet objet et à son remplacement par un autre. On est bien alors en présence d'un cas où la structure technique *permet* le jeu de la subrogation réelle.

Il faut donc conclure (cf. *supra,* N° 560) que l'existence d'une destination en valeur suffit à faire jouer la subrogation réelle. La subrogation s'impose alors, puisqu'elle puise dans ses buts une raison qui la rend désirable et qu'aucun obstacle technique ne s'oppose à sa réalisation. La subrogation est ainsi obligatoire, en ce sens que celui qui y a intérêt peut l'invoquer et l'imposer à son adversaire. Et elle s'impose *de plein droit,* sans que la nécessité d'une décision

la prévoyant spécialement apparaisse. Et, si cette décision existe néanmoins, son interprétation extensive s'impose. La logique du but qui rend la subrogation désirable, doit, ici, s'accomplir normalement, puisqu'elle ne rencontre aucune résistance technique.

Ce principe général de solution a pour conséquence normale de rattacher techniquement la subrogation réelle à la décision de destination en valeur dans tous les cas où aucune décision spéciale n'existe. La décision de destination en valeur constitue alors le titre qui fixe le régime juridique auquel est soumise la subrogation réelle. Nous avons rencontré une application de ce rattachement direct et technique de la subrogation réelle à ses buts, en déterminant qui peut prendre la décision de destination en valeur. Il faut admettre que la subrogation est conventionnelle ou légale selon la qualité de celui qui a créé la destination en valeur (cf. *supra,* N° 470).

Les données générales dont relève la solution du problème découlent ainsi, naturellement, de la position même de ce problème, telle que nous l'avons précisée (cf. *supra,* N^{os} 556 et suivants). La seule difficulté qui reste à résoudre, consiste à déterminer les droits qui, par leur suffisante indifférence à l'individualité matérielle de leur objet, se montrent favorables à la réalisation aisée de la subrogation.

II. — DETERMINATION GENERALE DE CES DROITS

591. — La catégorie des droits favorables à la réalisation de la subrogation réelle ne s'étend pas à tous ceux qui sont indifférents à l'individualité de leur objet matériel. Parmi ceux-ci, tous les droits dont l'objet est insusceptible de remplacement (soit parce qu'il n'est pas individualisé, comme dans les créances portant sur des valeurs purement quantitatives — cf. *supra,* N^{os} 306 et suiv. —, soit parce qu'il n'est pas matériel, comme c'est le cas pour l'objet du droit de la femme sur les valeurs dotales incluses dans les paraphernaux — cf. *supra,* N^{os} 167, 168 et 315), ou pour lesquels ce remplacement est superflu, comme c'est le cas pour les droits portant sur un groupe ouvert à toutes les acquisitions nouvelles (cf. *supra,* N^{os} 224 et 352 et suivants), n'offrent pratiquement, malgré leur indifférence à l'égard de leur objet matériel, aucune possibilité effective de réalisation, à la subrogation réelle. Finalement, les droits qui permettent utilement cette réalisation sont ceux qui, ayant un objet à la fois individualisé et matériel (cf. *supra,* N^{os} 163 et suivants), ne voient pas, pour un même titulaire, leur existence dépendre rigoureusement de l'identité physique de cet objet. Le nombre de ces droits, se trouve ainsi limité.

Il convient, naturellement, dans chaque cas, d'apprécier par l'analyse du droit en cause le degré d'adhérence de ce droit à l'individualité matérielle de son objet. Aucune réponse générale absolue et rigoureusement exhaustive n'est possible. Toutefois, une catégorie de droits mérite, tant par son importance pratique, que par l'intérêt qu'elle a suscité historiquement, de retenir, à cet égard, l'attention sur le plan général. C'est la catégorie des *droits portant sur des groupes de biens.*

On sait le rôle que la théorie classique a attribué à ces droits dans le jeu de la subrogation réelle, rôle que traduit l'adage *in judicis universalibus pretium succedit loco rei et res loco pretii.* Il importe, après avoir précisé l'angle passif sous lequel il convient de comprendre cette maxime (cf. *supra,* N^{os} 557 et 558), de remarquer la part de vérité qu'elle contient. Si on considère un groupe de biens dans son ensemble, c'est-à-dire dans sa valeur patrimoniale globale, on conçoit parfaitement que l'individualité physique de chaque élément entrant dans cet ensemble perde son importance et qu'on s'attache à cet élément non pas en lui-même, mais seulement dans ses rapports avec le groupe auquel il appartient. Et que peuvent être ces rapports, sinon des rapports de valeur ? Chaque élément du groupe prend une importance dans la mesure où il individualise une valeur elle-même comprise dans ce tout. Il est par suite normal, que tout bien, quelle que soit son individualité physique, soit inclus dans ce groupe, dès lors qu'il individualise une valeur qui en fait partie (49). Or, un bien nouveau provenant d'un bien ancien qui faisait partie de ce groupe, individualise une telle valeur (cf. *supra,* N^{os} 360 et suivants). Comme c'est précisément un tel bien qui est substitué au précédent par l'effet de la subrogation réelle, on conçoit que celle-ci ait une place naturelle dans un tel groupe. Tout droit portant sur ce groupe offre donc, par hypothèse, un accueil favorable à la subrogation réelle (50). On peut même penser que

(49) Comp. Henry, thèse, pp. 312 à 316.

(50) A la vérité, l'objet exact et complet d'un tel droit n'est pas l'élément qui change, mais le groupe tout entier qui, lui, ne change pas, précisément dans la mesure où il est indifférent à l'individualité physique de cet élément. La fluctuation qui affecte un élément du groupe n'est, en réalité, au regard du droit qui porte sur ce groupe, qu'une fluctuation partielle (cf. *supra,* N° 224). Mais peu importe. La fluctuation partielle est une occasion de subrogation, dès lors que l'élément atteint par cette fluctuation est individualisé (cf. *supra,* N^{os} 222 et suivants). La subrogation qui s'accomplit à l'occasion de cette fluctuation voit sa réalisation rendue possible par le fait que le droit est mis en œuvre sur le groupe tout entier. Bien entendu, il en irait différemment si la fluctuation affectait le groupe *entier.* Ce groupe a lui-même son individualité à laquelle le droit est attaché. La subrogation dans le cas d'une telle fluctuation se heurterait alors

de tels droits constituent pour la subrogation réelle un terrain d'élection.

592. — La part de vérité contenue dans la maxime *in judiciis universalibus...* est donc certaine. Mais le défaut des auteurs classiques est de ne pas avoir suffisamment recherché *pourquoi* elle exprime une vérité. Les raisons de son exactitude, telles que nous venons de les exposer en fixent pourtant les limites et conduisent à lui apporter les plus sérieuses corrections (51). Si la part de vérité contenue dans l'adage classique vient du seul fait que le groupe est considéré dans sa valeur globale, plus que dans l'individualité physique des éléments qui le composent, les conséquences suivantes s'imposent logiquement.

a) Peu importe, d'abord, le droit mis en œuvre sur le groupe. Ce droit peut être un droit de propriété. C'est généralement à son propos que le recours à la notion d'universalité ou de groupe est invoqué soit par les auteurs classiques (cf. *supra,* N^{os} 16 et suivants), soit par Planiol et M. Henry (cf. *supra,* N° 31). On fonde alors sur la notion technique d'action réelle générale l'admission de la subrogation réelle de plein droit (52). Mais il est clair que cette analyse vaut pour tout autre droit, puisqu'elle concerne l'*objet* de ce droit. Ainsi, un usufruit ou une sûreté réelle peuvent très bien porter sur un groupe de biens tel que nous l'avons entendu. La remarque est importante ; car, contrairement aux affirmations de Planiol et de M. Henry (cf. *supra, ibid*), le droit de propriété n'est pas le seul à se trouver rivé à l'individualité matérielle de son objet lorsque cet objet est appréhendé *ut singuli.* Les autres droits réels sont, notamment, dans le même cas (53). Aussi, la détermination du caractère global de leur objet revêt-elle un intérêt pratique primordial au regard du jeu de la subrogation qui se trouve affranchi par ce caractère.

b) Peu importe, ensuite, la qualification juridique du groupe. Les auteurs classiques n'appliquent leur maxime qu'aux universalités juridiques et non aux universalités de

---

à un obstacle technique et s'accomplirait dans les conditions étudiées *infra,* sous-section II).

(51) Il faut naturellement rappeler l'erreur des classiques qui est d'avoir appliqué leur maxime aux groupes ouverts aux acquisitions nouvelles (cf. *supra,* N° 18).

(52) Cf. Henry, thèse, pp. 310 et suivantes, 331 et suivantes.

(53) C'est ce que M. Henry, par exemple, méconnaît complètement en rattachant la subrogation dans de tels droits, à l'idée d'affectation et en la libérant ainsi de toute entrave technique (cf. Henry, thèse, pp. 218 et suivantes, 289 et suivantes, 300 et suivantes, et *infra,* N° 663).

fait. A la vérité, cette distinction, très discutable (54), est ici sans influence. Dans sa présentation la moins confuse, cette distinction repose sur deux caractères reconnus à l'universalité juridique et déniés à l'universalité de fait : l'existence d'un passif, l'absence de tout lien matériel entre les éléments actifs (55). Or, ces deux caractères sont sans influence sur celui qui permet la subrogation réelle. Certes, l'inclusion d'un passif dans la masse de biens appréhendée est le signe que cette masse est considérée dans son ensemble, dans sa valeur globale. En ce sens, elle peu bien *révéler* l'appréhension de l'ensemble du groupe, mais elle ne la *conditionne* pas. Rien n'empêche de considérer une universalité de fait (un troupeau, une bibliothèque, un fonds de commerce, etc...), également dans sa valeur globale. Tout groupe quelconque qui peut être l'objet d'un droit le considérant de cette façon, ouvre à la subrogation dans ce droit, une large possibilité de réalisation.

c) Peu importe, enfin, qu'il y ait pluralité de biens ou non. Si nous avons parlé *a priori* de « groupe » de biens, c'est parce que la théorie classique a habitué les esprits à n'envisager guère que cette hypothèse, et parce qu'en fait c'est en ce cas que les biens matériels sont le plus souvent appréhendés techniquement, sans considération exclusive de leur identité physique. Mais il est clair que chaque fois que cette identité physique est négligée, la subrogation trouve naturellement une possibilité de réalisation. Or, le fait qu'un groupe déterminé de plusieurs biens, une succession par exemple, est appréhendé dans sa valeur globale plus que pour l'individualité de ses composants, ne doit pas se trouver modifié si, par suite de circonstances purement contingentes, le nombre des biens du groupe se trouve réduit à un seul. Ce bien unique doit être appréhendé de la même façon qu'il l'aurait été si d'autres biens avaient coexisté avec lui. Au fond des choses, la pluralité des biens, lorsqu'elle existe, ne fait que révéler plus facilement l'existence d'une appréhension globale. Mais elle ne la conditionne pas. Ce n'est pas elle qui, *par elle-même,* détache le droit des objets matériels sur lesquels il porte. Cet effet découle du *titre* auquel les biens sont réclamés. S'ils sont réclamés pour leur valeur d'ensemble, cette raison demeure la même, si le hasard fait qu'il n'existe qu'un seul bien. La valeur d'ensemble se ramène simplement, alors, à la valeur du bien. Dans tous les cas, lorsque les biens sont réclamés à ce titre, cette réclamation répond donc exactement aux exigences de la destination en valeur. C'est cette concordance des buts et des moyens qui

(54) Cf. Demogue, Rev. critique, 1901, pp. 360 et suivantes ; Henry, thèse, pp. 331 et suivantes.

(55) Cf. Henry, *op. cit.,* pp. 335 et 336.

commande le jeu de plein droit de la subrogation. Et cette concordance existe chaque fois que, même à propos d'un seul bien, le droit *n'est pas rivé à l'individualité matérielle de son objet* (56).

Tel est en définitive le seul critérium qui doive être retenu. Les concepts d'universalité, voire simplement de groupe de biens n'ont par eux-mêmes aucune valeur propre. Ils ne sont effectivement favorables à la subrogation que dans la mesure où *ils ne s'attachent* pas à l'individualité des éléments composant le groupe. Ce critérium, par son caractère à la fois général et négatif, indique assez avec quel éclectisme le problème doit être abordé et combien il faut éviter de s'enfermer dans une formule, quelle qu'elle soit. C'est seulement en ce sens que l'on peut parler d'appréhension de valeur globale, fût-elle réduite à un seul bien.

593. — Mais en revanche, ces raisons indiquent la condition technique essentielle de cette conclusion. Il faut que le titre qui conduit logiquement à l'appréhension globale soit techniquement mis en œuvre *dans l'action en réclamation.* C'est, en effet, dans la base juridique de cette action qu'on doit rechercher si le ou les biens faisant l'objet de l'action sont réclamés en tant, par exemple, que « cellule patrimoniale » c'est-à-dire comme partie d'un tout, ou pour eux-mêmes. Il ne suffit naturellement pas de considérer que le ou les biens réclamés font, *en fait,* partie du patrimoine. Cette considération demeure sans influence dès lors que l'action en réclamation ne se fonde pas effectivement sur elle.

Sans quoi toute revendication, par exemple, même portant sur un objet isolé, pourrait être considérée comme portant sur une partie du patrimoine, puisqu'elle a pour but de rattacher l'objet réclamé au patrimoine du demandeur ! En réalité, cette considération n'intervient pas techniquement dans l'exercice de la revendication. Celle-ci ne soulève qu'une question de propriété de tel ou tel bien. Toute considération des rapports entre ce bien et l'ensemble du patrimoine est ici absente.

Elle est au contraire présente, par exemple, dans la pétition d'hérédité. Cette action est bien une action en réclamation d'un ou plusieurs biens héréditaires. En ce sens, on doit y voir une action réelle. Mais elle diffère de la non-revendication ordinaire en ce que la réclamation se fonde, non pas sur la preuve de la propriété du défunt sur tel ou

(56) Ce point de vue a été méconnu, par exemple par Demogue (*op. cit.*) lorsqu'il déclare que l'action en nullité d'une vente, ou en révocation d'une donation *portant sur plusieurs objets,* présente les mêmes caractères qu'une réclamation d'universalité. Pour l'inexactitude de cette affirmation, cf. *infra,* N° 593.

tel bien, mais uniquement sur celle de la qualité d'héritier du demandeur (57). Or, cette qualité entraîne nécessairement le droit du demandeur sur la totalité ou sur une quote-part du patrimoine héréditaire considéré dans son ensemble. La reprise des effets héréditaires par le demandeur est la conséquence nécessaire de la qualité de celui-ci, qualité qui lui donne droit automatiquement à tout ce qui appartenait au défunt (dans la mesure de sa part héréditaire). Le titre de la réclamation s'étend donc ici à tout un ensemble dont l'unité se rattache au patrimoine du défunt. Et ce titre général est mis en œuvre techniquement dans l'action en réclamation elle-même. La réclamation lui est intimement liée au point de ne pas s'en séparer techniquement (58). On peut en dire autant des actions par lesquelles on réclame tout ou partie d'une succession ou d'un patrimoine (cf. *infra,* N^{os} 595 et 596).

L'appréhension globale semble, au contraire, devoir être écartée dans les actions en nullité ou en révocation, à la suite desquelles le demandeur reprend le bien aliéné. L'action en nullité ou en révocation, strictement considérée, n'a pour effet que de mettre à néant un acte juridique. La conséquence de cette mise à néant est que le demandeur, vendeur ou donateur est demeuré propriétaire du bien vendu ou donné, sans plus. Cette propriété, une fois ainsi rétablie, est sanctionnée par l'action qui l'assortit normalement sur le plan réel (et non plus sur celui de la validité de l'acte juridique) (cf. *supra,* N^{os} 192 et suivants). Et sur ce plan, la question demeure entière de savoir si cette revendication porte ou non sur une part de patrimoine ou sur un ou plusieurs biens considérés isolément en eux-mêmes. L'analyse de l'action en nullité ou en révocation n'apporte, par elle-même, aucune réponse à cette question. Tout dépend, à cet égard, de l'*acte* même qui a été annulé ou révoqué. Le titre véritable de la restitution dépend, en effet, du but de cet acte. Et le simple fait que l'acte d'aliénation ait porté sur plusieurs objets ne suffit pas à fournir la solution. Si ces biens ont été aliénés isolément et pour eux-mêmes (comme c'est le cas de beaucoup le plus fréquent), la nullité de l'aliénation entraîne la propriété de l'aliénateur sur les biens aliénés considérés de la même façon et la revendication qui s'ensuit est soumise au même régime. Ce n'est que dans le cas où le ou les biens aliénés sont considérés dans leur ensemble (par exemple un fonds de commerce) que la nullité de l'aliénation conduit à une revendicaiton globale. C'est donc bien, en cette matière comme en toute autre, le titre auquel la réclamation

(57) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 2296.
(58) *Ibid.*

a lieu et non, comme Demogue l'a affirmé (cf. *supra,* N° 592 texte et note 56), la simple pluralité des objets réclamés qui recèle le principe de la solution.

En application de ces idées, il semble qu'on ne doive pas voir dans l'action en reprise de ses propres par un époux commun en biens, une action portant sur un tout considéré dans son ensemble. Sans doute, la détermination du caractère propre du bien réclamé fait-elle entrer celui-ci dans l'ensemble du patrimoine propre de l'époux. Mais ce fait ne saurait, contrairement à ce qui a été soutenu (59), entraîner, du moins selon le droit commun (comp. *infra,* N° 668), la subrogation réelle de plein droit dans les reprises. Car il ne conduit pas à voir dans l'action en reprise un *judicium universale,* portant sur l'ensemble du patrimoine propre. Toute action en revendication aboutit aussi à faire entrer le bien réclamé dans le patrimoine du demandeur. En réalité, l'action en reprise ne porte, pas plus que l'action en revendication (dont elle se distingue du reste) (60), sur un ensemble considéré dans sa globalité. Ni la femme, ni le mari communs en biens, ne réclament leur patrimoine propre dont ils ne sont dessaisis ni l'un ni l'autre. La reprise en nature soulève simplement la question de savoir si tel ou tel bien est frappé par le droit de propriété privative de l'époux ou par son droit commun indivis. Et cette détermination dépend de l'existence du droit de propriété sur le bien au moment du mariage, ou des conditions dans lesquelles ce bien a été acquis. Toujours, ce bien est considéré dans son individualité (61). L'exercice de la reprise en nature ne fait pas *techniquement* appel à la considération d'un patrimoine appréhendé dans son ensemble. Aussi bien, sans l'intégration de la subrogation réelle dans l'institution du régime de communauté, on peut douter qu'elle eût dû y trouver place de plein droit (cf. *infra,* N°s 668 et suivants) (62).

594. — Ainsi, les raisons mêmes qui font apparaître la part de vérité contenue dans l'adage classique, *in judiciis universalibus...* conduisent naturellement à en préciser les conditions d'application, et à étendre largement la portée que lui reconnaissaient ses adeptes d'antan. Son examen critique dégage les caractères généraux des droits qui, par leur

(59) Cf. Planiol et Ripert, VIII, par M. Nast, N° 452.
(60) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 853.
(61) *Op. cit.,* N°s 856 et suivants.
(62) Il est vrai que la reprise peut également être en valeur. Mais il s'agit alors d'une *créance* contre la communauté enrichie (cf. *op. cit.,* N°s 859 et suivants). Et la transformation du droit de propriété en créance est contraire au concept même de la subrogation réelle (cf. *supra,* N°s 496 et suivants) qui lui demeure donc étrangère.

individualité, doivent laisser la subrogation réelle s'accomplir normalement.

Ce sont ces principes généraux qu'il nous faut maintenant illustrer. Nous ne saurions présenter ici, dans un travail visant surtout à préciser le concept de la subrogation réelle, une liste exhaustive de tous les cas répondant aux conditions que nous venons de dégager. Au surplus, les études doctrinales casuistiques abondent (cf. *supra*, N° 62). Nous nous bornerons donc à citer quelques exemples propres à illustrer, de façon concrète, les principes rationnels que nous avons dégagés. Dans cet esprit, nous relèverons quelques cas de revendications, de sûretés réelles, et de certains droits particuliers, portant sur des biens qui ne sont pas considérés dans leur rigoureuse individualité matérielle.

§ 1er. — Revendications

1er POINT. — LA REVENDICATION DE SON PATRIMOINE PAR L'ABSENT DE RETOUR. (Article 132 du C. civ.).

595. — L'absent, dont l'existence est prouvée, peut normalement recouvrer ses biens, même si ceux-ci ont fait l'objet d'un envoi en possession définitif (article 132). Pour recouvrer ses biens, l'absent invoque non pas sa propriété sur tel ou tel bien déterminé, mais le principe même de son existence. C'est la preuve de la personnalité qui entraîne normalement la restitution à l'absent, de tout ce qui se rattache à cette personnalité, c'est-à-dire de tout son patrimoine. L'action porte bien sur un ensemble, ce qui conduit logiquement au jeu large de la subrogation réelle, rendu, d'autre part, désirable comme dans toute revendication (cf. *supra*, N°s 463 et suivants).

Cette considération offre un intérêt pratique assez minime, car l'article 132 prévoit expressément les subrogations réelles les plus courantes, en cas de vente ou de remploi. L'interprétation extensive s'impose ici. Elle doit, par exemple, être admise en cas d'échange. La doctrine est du reste en ce sens (63) et il suffit ici de l'approuver (64).

---

(63) Cf. Henry, thèse, p. 351 ; Capitant, *supra*, N° 40, 2°).

(64) Rappr. de l'article 132, l'article 92 nouveau du Code civil sur l'état civil des disparus, dans sa rédaction résultant de l'ordonnance du 30 octobre 1945. L'alinéa 2 de ce texte reprend, au bénéfice de celui qui fait annuler la constatation judiciaire de son décès, les dispositions de l'article 132 en les étendant aux biens acquis en remploi des *fruits* perçus, même de bonne foi, par les héritiers. Cf. Voirin, étude, J.C.P. 1947. 1. 601, N° 31.

2e POINT. — LES SUCCESSIONS ANOMALES

596. — Nous avons montré combien la destination des biens formant les successions anomales, dont le type classiquement étudié est celui prévu pour l'ascendant donateur par l'article 747 C. Civ., rendait la subrogation réelle désirable en cette matière (cf. *supra,* N[os] 441 et suivants). Il convient de rechercher ici dans quelle mesure cette subrogation est possible, au-delà des termes de l'article 747, al. 2, qui limitent la subrogation à la créance du prix du bien vendu par le donataire *de cujus.*

Cette possibilité dépend du caractère technique reconnu à la réclamation du bien donné par l'ascendant donateur. Ce caractère est aujourd'hui reconnu par une doctrine (65) et par un jurisprudence (66) constantes : le droit de l'ascendant est un droit de succession. L'article 747 C. Civ. le dit du reste expressément : « les ascendants *succèdent*...». Il ne fait aucun doute que, sur ce point, la conception coutumière l'ait emporté sur celle du droit écrit voyant dans le droit de retour une condition résolutoire de la donation (67). La réclamation de l'ascendant donateur se fonde donc techniquement sur la qualité d'héritier du demandeur continuateur de la personne du défunt. Cette qualité établie lui donne *ipso facto* droit à une part de la succession. Le bien donné n'est considéré dans l'objet de la demande que comme fixant l'émolument de cette part, qui constitue, elle, le véritable objet de la réclamation. Par conséquent, c'est bien une fraction du patrimoine (passif du reste compris) du *de cujus* considérée dans son ensemble qui échoit à l'ascendant. Et il en est ainsi même si cet ensemble est limité à un seul bien. Il faut voir là un exemple typique de cas où un seul bien peut représenter une catégorie considérée dans sa valeur globale (cf. *supra,* N° 592 c.). Quel que soit, donc, le nombre des biens réclamés par l'ascendant, la maxime classique *in judiciis universalibus...* se trouve ici rationnellement et pleinement justifiée (cf. *supra,* N[os] 591 et suivants), car *le*

---

(65) Cette conception est admise aussi bien par les auteurs qui refusent de voir dans l'article 747, al. 2, du Code civil une subrogation réelle (v. *supra,* N° 437 texte et note 3, N° 442 texte et note 15), que par ceux qui soutiennent l'opinion contraire : cf. Aubry et Rau, 4e édit., VI, § 608 ; Planiol, III, N° 2071 ; Ripert et Boulanger, III, N° 1768 ; Henry, thèse, pp. 353 et suivantes.

(66) Cf. Civ., 8 mars 1858, D. 1858. 1. 97 ; Civ., 24 juillet 1901, D. 1901. 1. 537, note Sarrut ; et surtout Ch. Réunies, 2 juillet 1903, D. 1903. 1. 353, S. 1904. 1. 65, note Lyon-Caen, Pand. Fr., 1903. 1. 197, note Gény : cet arrêt a déclaré que la renonciation anticipée au bénéfice de l'article 747 constitue un pacte sur succession future.

(67) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 1767.

titre, techniquement mis en œuvre dans cette réclamation, porte sur une fraction de patrimoine et non sur tel ou tel bien considéré dans son individualité matérielle (cf. *supra,* N° 593).

Par conséquent, la subrogation réelle répondant à un but qui la rend désirable en cette matière (cf. *supra,* N^os^ 441 et suivants) doit être admise largement puisque la technique ne lui oppose, d'autre part, aucun obstacle. Aussi, la tendance jurisprudentielle certaine (68), appuyée par une fraction importante de la doctrine (69), à interpréter largement le texte de l'article 747, al. 2, mérite-t-elle d'être approuvée, car elle trouve dans le mécanisme de la subrogation réelle les fondements les plus solides.

3° POINT. — LA PETITION D'HEREDITE

597. — Nous avons vu que la subrogation réelle, dont l'occasion est accrue du fait de la validation des aliénations conclues par l'héritier apparent (cf. *supra,* N° 198), apparaît comme également désirable en cette matière (cf. *supra,* N° 463). Ses possibilités de réalisation, en l'absence de tout texte la prévoyant, dépendent naturellement de l'objet de l'action. L'occasion s'est déjà présentée à nous d'analyser cet objet (cf. *supra,* N° 593). La pétition d'hérédité, dans la mesure où elle est fondée sur la qualité d'héritier du demandeur, conduit à la reprise de tout ou partie d'un patrimoine considéré dans son ensemble, et non à tel ou tel bien envisagé *ut singuli.* En toute hypothèse, la reprise est déterminée par l'origine successorale du bien réclamé. Et s'il existe plusieurs biens, ils forment un groupe dont l'unité réside dans cette

---

(68) V. pour l'emploi des sommes données : Civ., 31 juin 1817, S. 1817. 1. 313 ; Lyon, 24 août 1871, S. 1872. 2. 121. Nous avons vu que ces arrêts se sont montrés favorables à la subrogation plus par leurs motifs que par leur dispositif relativement étranger à la question telle que nous l'avons analysée (cf. *supra,* N° 411, note 2, et N° 445, motif cité). Pour l'échange, v. Trib. Civ. Fontainebleau, 25 mars 1896, Rev. Gén. du Notariat, 1896, T. XVI, N° 9128, cité par Henry, thèse, p. 361. V. aussi Trib. Civ. Lyon, 8 avril 1895, Pand. Fr., 1896. 2. 225 (motifs, cf. *supra, ibid*). Aucune décision n'a eu à trancher un cas de remploi, mais l'admission de la subrogation s'impose alors au même titre. V. comme seul arrêt hostile à la subrogation : Civ., 7 février 1827, S. Chr., 7 février 1827).

(69) Cf. Aubry et Rau, 4^e^ édit., VI, § 608, et surtout 3^e^ édit., V, § 608 ; Stora, thèse, p. 451 en note ; Henry, thèse, pp. 352 et suivantes, les réticences, à la vérité nombreuses, qu'une autre partie non moins importante de la doctrine a cru devoir manifester, ne sont pas fondées. Comme elles concernent plus le caractère désirable ou non de la subrogation en cette matière, nous les avons déjà refutées : cf. *supra,* N^os^ 442, 443, 444.

origine, et qui fait l'objet véritable de la demande. La pétition d'hérédité réalise donc le type même de la technique favorable à la subrogation réelle.

Aussi, celle-ci doit-elle y être pleinement admise. Il convient de rappeler qu'elle aboutit à attribuer au demandeur les biens acquis par l'héritier apparent *pour son propre compte* (créance du prix, bien de remploi, bien acquis en échange, etc...) (cf. *supra,* N^os^ 520 et suivants). Si l'héritier a acquis pour le compte de l'hérédité, ces acquisitions profitent naturellement au demandeur, mais en vertu du droit nouveau né de cette acquisition, conformément au droit commun (70). Or, ce droit nouveau exclut la notion de subrogation réelle (cf. *supra,* N^os^ 515 et suivants). La reprise par l'héritier véritable des biens acquis par l'héritier apparent pour son propre compte passe outre à l'effet relatif des actes juridiques, selon lequel le seul créancier du prix de vente, ou le seul propriétaire du bien acquis est celui qui a conclu valablement la vente ou l'achat (cf. *supra,* N° 521), sauf naturellement à reconnaître cette personne responsable ou débitrice de son enrichissement envers le véritable propriétaire qui, pour une raison quelconque, est privé du droit de suite sur ce bien (cf. *supra,* N^os^ 193 et suivants). Cet effet relatif, de droit commun, cède devant la conception technique de la pétition d'hérédité. Dans la mesure où la réclamation découlant de la qualité d'héritier du demandeur porte sur une part ou sur la totalité du patrimoine du défunt, elle conduit à considérer *objectivement* l'origine du bien nouveau. Si ce bien a une origine successorale, s'il se rattache ainsi par un lien de provenance au patrimoine du défunt dont il représente une fraction, il est automatiquement englobé dans la réclamation, puisque celle-ci porte sur tout ce qui se trouve dans la part successorale du demandeur considérée dans sa valeur globale.

Dans le même esprit, il ne convient pas de tenir compte, dans le jeu de la subrogation réelle, de la bonne ou mauvaise foi du possesseur de l'hérédité. Cet élément intervient dans le règlement de comptes qui accompagne la restitution (71). Mais il ne saurait influer sur la consistance même de ce qui

(70) Aussi comprend-on la réserve de Pothier (*Traité de la propriété,* N° 423) et de Laurent (T. IX, N° 535) qui ne reconnaissent le droit de l'héritier véritable que sur les biens acquis par l'héritier apparent pour le compte de l'hérédité. Ils consacraient ainsi le droit commun et non la subrogation réelle. Du reste, la réserve qu'ils appliquent au seul remploi vaut également pour la vente pure et simple : si l'héritier apparent a vendu, pour le compte de l'hérédité, la créance du prix revient à l'héritier véritable, conformément au droit commun, sans qu'il y ait subrogation réelle. On doit en dire autant du bien acquis en échange dans les mêmes conditions (cf. *supra,* N° 521).

(71) Cf. Aubry et Rau, X, § 616, pp. 16 et suivantes.

doit être restitué en principe. Certes, le droit romain donnait une solution différente. Le Senatus-Consulte Juventien (129 ap. J.C.) n'admettait la subrogation que lorsque les aliénations avaient été opérées de bonne foi par le possesseur (72). Mais cette solution ne dérivait pas d'une conception d'ensemble de la subrogation que les Romains n'ont jamais dégagée. Par suite, on ne saurait s'en inspirer pour déterminer les règles qui doivent prévaloir en droit français. La subrogation réelle tient compte de l'origine du bien à subroger et joue dès que l'origine successorale de ce bien est démontrée. Elle ne comporte pas l'appréciation d'éléments subjectifs comme la bonne ou la mauvaise foi du possesseur. La doctrine ne paraît pas hésiter pour se ranger à cette conclusion (73).

Il faut donc approuver la majorité de la doctrine qui, en l'absence de texte et de jurisprudence sur la question, reconnaît, très largement, la subrogation réelle dans l'exercice de la pétition d'hérédité (74).

4e POINT. — L'ACTION EN PARTAGE D'UNE SUCCESSION INDIVISE

598. — Il peut paraître *a priori* assez étroit de n'envisager, à l'instar de certains auteurs (75), le jeu de la subrogation réelle dans l'indivision successorale que sous l'angle de l'action en partage qui apporte précisément un terme à cette indivision. L'entrée d'un bien dans l'indivision successorale ne se borne pas, en effet, à soumettre ce bien au partage de la succession ; elle conduit aussi à leur appliquer l'ensemble des règles qui caractérisent cet état de la propriété, notamment en ce qui concerne les pouvoirs d'administration et de disposition (cf. *supra*, N° 125). Mais la portée d'une telle remarque demeure surtout théorique. Les fluctuations qui créent des occasions de subrogation réelle au sein de la masse indivise, doivent avoir été accomplies au nom de l'indivision, c'est-à-dire par l'unanimité des indivisaires, ou par l'un d'eux agissant au nom des autres (cf. *supra*, N° 125). Or, si un bien nouveau est acquis dans de telles conditions il est forcément indivis. Certes, en l'absence de subrogation réelle,

---

(72) Dig. L. 5, T. III, *De hereditate petitione*, lois 16 et 20.

(73) Aubry et Rau, *op. cit.* ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, T. I, N° 925 ; Henry, thèse, pp. 346 et suivantes ; Capitant, Rev. Trimestr. Dr. Civ., 1919, p. 408.

(74) Aubry et Rau, *op. cit.* ; Henry, *op. cit.* ; Capitant, *op. cit.* V. pourtant *contra* en cas de remploi, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, qui se bornent, du reste, à une simple affirmation.

(75) Cf. Henry, thèse, pp. 369 et suivantes.

l'indivision dans laquelle tombe ce bien nouveau n'est pas l'indivision successorale ; elle est *nouvelle* et a pour source l'acquisition. Mais cette considération offre peu d'intérêt au regard des pouvoirs d'administration ou de disposition du bien indivis : que l'indivision soit ou non successorale, les pouvoirs des copropriétaires sont les mêmes (76). Il en va tout autrement au regard de la soumission au partage. En l'absence de subrogation réelle, le bien nouveau, n'entrant pas dans l'indivision successorale, mais dans une indivision nouvelle, n'a pas à être compris dans le partage *de la succession*. Il suit, à cet égard, le sort de tout bien qui serait acquis conjointement par les propriétaires avec des valeurs n'ayant aucune origine successorale (hypothèse du reste assez peu pratique). La subrogation réelle, au contraire, entraîne la soumission du bien nouveau au partage successoral et notamment à son effet déclaratif remontant au jour du décès du *de cujus*. L'intérêt pratique de la subrogation réelle dans l'indivision successorale apparaît donc clairement au regard de l'action en partage. Toute la question, à cet égard, consiste à savoir si les biens nouveaux provenant d'un bien indivis entrent dans l'objet de cette action ?

599. — Le caractère désirable de cette subrogation réelle n'est pas douteux. La vocation des héritiers vise le patrimoine du défunt tout entier. C'est par rapport à sa totalité que se détermine éventuellement la part de chaque héritier. Il est donc normal que l'intégrité en valeur de ce patrimoine soit respectée et que le partage englobe toutes les valeurs dont l'origine successorale est établie, puisqu'aussi bien ces valeurs sont comprises dans la vocation des héritiers. La subrogation réelle a pour mission d'assurer cette intégrité. Elle trouve donc sa place logique dans la détermination de la masse à partager.

Les caractères techniques des droits en cause lui offrent-ils, d'autre part, des possibilités de réalisation effective ? La réponse affirmative s'impose. L'action en partage répond fidèlement, à cet égard, à la vocation des héritiers, puisque c'est l'action par laquelle ceux-ci, ou l'un d'eux, demandent non pas tel ou tel bien mais *leur part* (77). L'objet de cette action est donc une quote-part du patrimoine du défunt. C'est le type même des actions favorables au jeu de la subrogation réelle (cf. *supra*, N^{os} 592 et 593). Cette analyse de l'action en partage se recoupe du reste exactement avec celle des droits de chaque indivisaire avant le partage. Les droits indivis sont, par définition même, déterminés par leur seul montant et non par leur seule assiette matérielle : ils por-

(76) Cf. Ripert et Boulanger, I, N^{os} 2742 et suivants.
(77) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 2297 ; Henry, thèse, p. 370.

tent, pour une quote-part, sur *l'ensemble* des choses communes (78). Ils représentent donc un des meilleurs exemples de droits techniquement favorables au jeu de la subrogation (79). Il faut donc conclure que la subrogation réelle *s'impose* de plein droit pour assurer l'intégrité de la succession indivise et, par suite, pour déterminer la masse à partager.

Son admission en droit positif est du reste consacrée depuis qu'un arrêt célèbre de la Cour de Cassation du 5 décembre 1907 (80) a fait tomber dans l'indivision la créance du prix de vente d'un immeuble licité. La doctrine faisant écho à la jurisprudence consacre aujourd'hui cette solution devenue classique (81). Toute notre analyse du mécanisme de la subrogation réelle conduit à approuver cette solution, amplement discutée en son temps (82). L'intérêt de cette subrogation, en ce qui concerne la créance du prix d'adjudication, a été souligné. L'entrée de cette créance dans l'indivision, contrairement à l'article 1220 C. civ., et sa soumission à l'effet déclaratif du partage, entraîne, notamment, la disparition des droits réels constitués par les héritiers non attributaires de la créance. Tout a été dit à ce sujet et il suffit de renvoyer aux développements consacrés par la doctrine à cette question (83). Nous nous bornerons ici à attirer l'attention sur quelques remarques concernant précisément les rapports entre cette subrogation réelle et l'effet déclaratif du partage.

600. — La subrogation réelle conduit à appliquer au bien nouveau le régime de l'indivision, y compris la soumission au partage successoral et à son effet déclaratif. L'analyse de la subrogation en un transport des droits indivis des héritiers sur le bien nouveau implique logiquement cette solution. L'effet déclaratif, appliqué au bien nouveau, est donc dans la logique de l'idée même de subrogation réelle appliquée à cette hypothèse. La subrogation réelle aboutit donc pratiquement à faire nier, à partir du partage, l'indivision qu'elle a perpétuée ! Cette conclusion n'est paradoxale qu'en apparence. L'effet déclaratif ne participe certes pas de l'es-

(78) Cf. Ripert et Boulanger, I, N° 2744.

(79) Cette considération s'absorbe dans la première au regard de l'action en partage. Elle interviendrait, au contraire, seule, s'il s'agissait de faire jouer la subrogation réelle pour perpétuer l'indivision avec son régime propre (pouvoirs d'administration et de disposition, liquidation), indépendamment de tout partage.

(80) Ch. Réunies, 5 décembre 1907, affaire Cholet-Dumoulin, D. 1908. 1. 113, note A. Colin, S. 1908. 1. 5, note Lyon-Caen.

(81) Cf. Ripert et Boulanger, III, N°s 2778, 3154 et suivants. Henry, *op. cit.* ; Capitant, Rev. Trimestr. Dr. Civ., pp. 414 et 415.

(82) Cf. notamment les notes Colin et Lyon-Caen, précitées, et les conclusions du procureur général Baudouin.

(83) Cf. p. ex. Ripert et Boulanger, III, N°s 3154 et s. ; Henry, *op. cit.*

sence de la subrogation réelle. Il en est seulement la conséquence normale dans la mesure où il fait partie du régime général de l'indivision et du partage. Or, à ce régime général, la subrogation réelle demeure soumise (*rappr. supra,* N°s 495 et 560). L'indivision qu'elle perpétue sur le bien nouveau est celle-là même qui existait sur le bien ancien, marquée par la même hostilité législative de principe et caractérisée par la même inorganisation (cf. *supra,* N° 125). La subrogation réelle ne saurait rien changer à cette situation. La négation rétroactive de l'indivision par l'effet rétroactif du partage (cf. *ibid*) apparaît donc comme la conséquence normale de la subrogation. Il faut voir là un simple aspect de sa soumission aux principes généraux.

Ce même esprit éclaire le fonctionnement de la subrogation : le bien nouveau est soumis au régime de l'indivision et au partage *dans la mesure où, selon les principes généraux, il est susceptible de se voir appliquer ces règles.* La subrogation ne saurait, notamment, modifier le régime propre à la nature du bien nouveau. Cette considération conduit à préciser quelque peu le jeu de la subrogation au premier et au second degré.

a) Lorsque le bien nouveau est la créance du prix d'un bien successoral vendu ou licité par les cohéritiers, l'entrée de cette créance dans l'indivision, ou sa soumission à l'article 1220 C. Civ. ne saurait, en aucune façon, être *commandée* par l'analyse de la subrogation. Cette solution dépend uniquement du régime des créances au regard de l'indivision tel qu'il est établi *sur le plan général.* Si le droit positif faisait prévaloir intégralement le jeu de l'article 1220 C. Civ. (84), il faudrait conclure que la créance du prix se divise immédiatement entre les indivisaires. La subrogation se heurterait, alors, à une impossibilité technique de la mêne nature, que celle qui l'exclut, par exemple, dans l'hypothèque sur un meuble (cf. *supra,* N° 543 b et 572). La subrogation réelle ne saurait pas plus conduire alors à faire admettre une créance indivise, qu'une hypothèque mobilière. Subordonné à la technique générale, son jeu et forcément conditionné par celle-ci. Dans le régime jurisprudentiel qui a fini par prévaloir, l'article 1220 ne régit que les rapports des héritiers avec le débiteur ; au regard des rapports des cohéritiers entre eux, la créance tombe dans l'indivision et est soumise au partage et à son effet déclaratif (85). Il faut donc admettre qu'en droit positif actuel, la subrogation réelle conduit à appliquer à la créance du prix ce régime tel qu'il est établi sur le plan général de l'indivision.

---

(84) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 3148.
(85) *Op. cit,* N°s 3151 et suivants.

Ce point de vue mérite d'être noté car la formation historique de la règle générale applicable aux créances peut paraître l'obscurcir. C'est, en effet, à l'occasion d'une subrogation réelle que la Cour de Cassation a posé le principe de la règle générale, par la suite appliquée à toutes les créances héréditaires (86). Cette contingence historique ne doit pas conduire à voir dans la solution, aujourd'hui admise pour toutes les créances, une *conséquence* de la subrogation réelle. L'arrêt de 1907 contenait, en réalité, le principe d'une solution générale, et une solution propre à la subrogation réelle dans le cadre de cette solution générale. La distinction des deux plans est essentielle. La subrogation conduit simplement à appliquer à la créance du prix, le régime général des créances héréditaires, déterminé lui-même de façon distincte.

b) La subrogation, dont le jeu au premier degré ne rencontre plus de résistance, paraît, au contraire, susciter des réserves en cas de remploi. Aucune solution positive n'a été donnée à ce sujet. Mais certains auteurs ont cru devoir se montrer réticents à son égard, précisément en raison de l'effet déclaratif du partage auquel elle conduit. On a fait observer, en effet, que l'effet déclaratif ne fixe pas seulement la qualification juridique des biens ; il vise aussi les *actes* qui modifient pendant l'indivision la consistance des biens indivis. En les réputant passés par le seul héritier attibutaire, il pallie l'inorganisation qui, l'article 1220 mis à part, caractérise l'indivision. Dans cet esprit, le recours à la subrogation réelle ne vise pas seulement à déclarer le bien nouveau, bien de succession comme le bien ancien lui-même, mais encore à *reporter l'effet déclaratif sur le bien indivis primitif* (afin de protéger l'héritier attributaire contre les actes passés par les héritiers non attributaires sur ce bien). Mais la conséquence est de considérer l'héritier attributaire comme ayant seul conclu les actes passés par tous les indivisaires pendant l'indivision. Au regard de la vente conjointe d'un bien indivis, il faut considérer l'héritier attributaire comme seul vendeur. Si cette solution est admise sans difficulté pour la vente, il n'en va pas de même en cas de remploi. « Admettrait-on, même dans ce cas, que la première vente n'ait pas été faite pour le compte de tous les indivisaire et que l'effet déclaratif attaché à l'attribution du nouvel immeuble s'applique également à l'immeuble aliéné ? On peut tout au moins en douter » (87).

---

(86) Le principe de cette règle générale remonte, en effet, à l'arrêt des Chambres réunies, du 5 décembre 1907 précité, qui a statué sur la créance du prix d'adjudication d'un immeuble indivis licité, c'est-à-dire sur une créance née pendant l'indivision (cf. Ripert et Boulanger, III, N° 3151).

(87) Ripert et Boulanger, III, N° 3156.

Le fondement de cette réserve apparaît mal. Si l'on considère l'effet déclaratif sur les *actes* conclus pendant l'indivision, il est bien vrai qu'il conduit à ne tenir pour seul acquéreur que l'héritier attributaire. La vente et l'acquisition étant intervenues après le décès, ne peuvent être réputées avoir été accomplies par le défunt lui-même. Par suite, l'effet déclaratif se trouve effectivement reporté sur l'immeuble primitif considéré comme n'ayant jamais été que la propriété du seul attributaire vendeur. Mais on voit mal en quoi ce report choque davantage en cas de remploi qu'en cas de vente, dès lors qu'on considère l'effet déclaratif sur les seuls actes de vente et d'acquisition. La subrogation réelle, dans la mesure où elle est subordonnée à une preuve fidèle de la provenance, porte en elle sa sécurité. Tant qu'il s'agit des actes accomplis sur la même valeur individualisée, il n'y a pas plus de difficulté à rattacher au seul héritier attributaire, l'acquisition en remploi que la vente initiale.

Si, au contraire, on n'envisage que le sort *des biens* partagés, l'effet déclaratif conduit à considérer l'héritier attributaire comme ayant succédé seul et immédiatement aux effets mis dans son lot. Par conséquent, le bien de remploi, comme la créance du prix, sont réputés recueillis par l'attributaire, dans la succession même, tout comme si *le défunt lui-même* avait vendu et racheté. A cet égard, *toute considération du bien indivis primitif doit disparaître.* Telle est la conclusion à laquelle conduit l'analyse de la subrogation réelle combinée avec l'effet déclaratif, dans la mesure naturéellement où celui-ci s'applique, c'est-à-dire dans les rapports entre cohéritiers. Dès lors, le scrupule qui fait hésiter à considérer le bien indivis primitif comme également soumis à l'effet déclaratif peut disparaître. Le remploi, combiné avec le jeu de l'article 883 C. Civ. doit simplement être réputé reporter jusqu'au moment du décès, l'effet rétroactif qu'il implique toujours jusqu'à la vente, la présence de derniers étant toujours rétroactivement niée (cf. *supra,* N° 587). Dès lors, la question ne se pose qu'à l'égard du bien nouveau. Et il ne fait pas de doute que la subrogation, évitant d'exclure ce bien de l'indivision successorale et de le soumettre à une autre indivision, est la solution la plus logique et la plus satisfaisante.

§ 2e. — Sûretés réelles

601. — La subrogation, dans toute sûreté réelle, consiste à conserver sur le bien nouveau, la cause de préférence originaire au rang qui lui était reconnu sur le bien ancien.

Ainsi, s'il s'agit d'une hypothèque inscrite en premier rang sur l'immeuble ancien, la subrogation consiste à la transporter sur le bien de remplacement, avec ce rang. Le créancier hypothécaire doit primer, sur le bien nouveau, les autres créanciers inscrits après lui, comme il l'aurait fait sur l'immeuble ancien (87 bis). Tel est le résultat auquel conduit logiquement la subrogation réelle, analysée comme la conservation du droit originaire (cf. *supra,* N°s 515 et s. et 534). L'intérêt qu'elle présente alors ne saurait échapper. Comment peut-elle se réaliser ?

Les sûretés réelles peuvent, tout comme le droit de propriété, porter sur des groupes de biens considérés dans leur ensemble. Tel est le cas courant des hypothèques légales de la femme mariée et du pupille sur les immeubles du mari et du tuteur. Toutefois, ces immeubles constituent un groupe par lui-même largement ouvert aux acquisitions nouvelles et la subrogation réelle y est superflue (cf. *supra,* N°s 224 et 322 et suivants). D'autres sûretés réelles portent, au contraire, sur des groupes en principe fermés à de telles acquisitions. La subrogation réelle y présente toute son utilité. Son caractère désirable apparaît alors comme dans toute sûreté réelle. Nous l'avons déjà fait ressortir (cf. *supra,* N°s 446 et suivants). Il nous reste à examiner ici ses possibilités de réalisation. Nous choisirons, à cette fin, deux exemples typiques : la séparation des patrimoines, les sûretés réelles grevant le fonds de commerce.

1er POINT. — LA SEPARATION DES PATRIMOINES

602. — Le bénéfice de la séparation des patrimoines se présente, en droit moderne, comme une véritable sûreté réelle.

Il confère, en effet, au créancier héréditaire ou au légataire de somme d'argent, séparatiste, un droit de préférence ou privilège à l'encontre des créanciers personnels de l'héritier, sur les biens composant la succession (88). C'est pourquoi la séparation des patrimoines se demande contre les créanciers personnels de l'héritier et non contre l'héritier lui-même (art. 878 C. civ.).

Il comporte, d'autre part, un droit de suite, du moins sur les immeubles. La jurisprudence a reconnu celui-ci sur la base de l'article 2111 C. civ., qui prévoit l'inscription du privilège sur les immeubles. La séparation des patrimoines

(87 bis) Ce transport pose évidemment un problème de publicité lorsque le bien nouveau est également un immeuble (cf. *infra,* N°s 707 et suivants).

(88) *Op. cit.,* N°s 2631 et 2644.

est alors, en réalité, une véritable hypothèque (comp. art. 2113 C. civ. qui s'applique à elle) (89).

603. — Cette sûreté réelle porte sur tous les biens composant l'actif du patrimoine héréditaire. L'assiette du privilège ne se détermine pas en fonction de tel ou tel bien, mais en raison de l'appartenance des biens, quels qu'ils soient, au patrimoine du défunt. Cette assiette est tellement considérée dans son ensemble, dans sa valeur globale, qu'elle comprend tout ce qui se rattache à ce patrimoine comme les fruits des valeurs héréditaires en application de la règle *fructus augent hereditatem.* Le titre invoqué par le créancier séparatiste concerne bien, sinon le patrimoine du défunt, distinct du patrimoine personnel de l'héritier, du moins tous les biens qui formaient l'actif de ce patrimoine considérés comme un ensemble dont l'unité se trouve dans la commune appartenance au défunt entraînant leur commune affectation au paiement des créanciers héréditaires qui avaient sur cet actif un droit de gage. A tel point, qu'on a pu reconnaître à cet ensemble « un certain caractère d'universalité » (90).

Il ne faut pas confondre à cet égard l'objet de l'inscription prévue par l'article 2111 C. civ., et celui du droit lui-même. L'inscription doit, certes, préciser chaque immeuble sur lequel elle porte. Mais cette spécialité ne s'étend pas à l'objet même du droit. La généralité de celui-ci se marque sur l'inscription, par la possibilité de procéder à celle-ci sur tout immeuble inclus dans la succession. C'est ce rattachement général au groupe qui demeure la base du droit.

L'action du créancier séparatiste présente donc les caractères techniques la rendant favorable au jeu de la subrogation réelle. (cf. *supra,* N^{os} 591 et suivants). Aussi convient-il d'admettre le jeu de celle-ci de plein droit : a) sur la créance du prix de vente après saisie par le créancier (ce qui est la fin même de l'institution), b) sur la créance du prix des biens héréditaires vendus volontairement par l'héritier, c) sur les biens acquis en échange ou en remploi de ce prix. Ces solutions sont admises par la doctrine (91) et la jurisprudence (92). L'analyse que nous avons faite du mécanisme de la

---

(89) *Op. cit.,* N° 2645.

(90) *Op. cit.,* N° 2637 ; v. pourtant *contra,* Capitant, Rev. Trimestr. Dr. Civ., pp. 385 et suivantes, § III.

(91) Cf. Demolombe, XVII, N° 181 ; Aubry et Rau, X, § 619 ; Baudry-Lacantinerie et De Loynes, *Privilèges et Hypothèques,* I. N° 859 ; Ripert et Boulanger, III, N^{os} 2637 et 2659 ; Henry, thèse, pp. 174 et 175.

(92) Cf. pour le prix d'un bien héréditaire vendu par l'héritier, Req., 25 juin 1828, S. Chr., 1828. 1. 120 ; Req., 7 août 1860, D. 1860. 1. 506, S. 1861. 1. 257 ; Nîmes, 21 juillet 1852, S. 1853. 2. 701 ; Caen, 9 février 1860, D. 1860. 2. 193.

subrogation réelle conduit à les approuver en principe. Elles peuvent, du reste, soulever de sérieuses difficultés d'application qu'il convient au moins de signaler ici.

603 bis — a) La première concerne la publicité sur un immeuble nouveau acquis en échange ou en remploi d'un bien héréditaire. La spécialité de l'inscription prévue par l'article 2111 C. civ., semblerait exiger logiquement qu'il y fût procédé sur l'immeuble nouvellement acquis (cf. *infra*, N^os^ 710 et suivants). Mais le rôle de la subrogation réelle en matière de sûreté réelle étant de conserver au créancier *son rang initial*, on peut se demander à quelles conditions cette inscription nouvelle conserve à la séparation des patrimoines son rang d'hypothèque privilégiée, qu'elle avait, par exemple sur l'immeuble ancien. Doit-on admettre cette conservation à condition que l'inscription soit prise sur le bien nouveau dans les six mois de l'*acquisition* de ce bien ?

La solution paraît sans doute répondre à l'intention du législateur de ne conférer à la séparation des patrimoines un rang privilégié sur un immeuble déterminé, qu'à la condition que l'inscription soit prise sur cet immeuble avec une certaine diligence. On peut toutefois hésiter à lui reconnaître une valeur positive en l'absence de tout texte réglementant ce point précis, l'article 2111 se bornant à exiger que l'inscription soit prise dans les six mois suivant l'*ouverture de la succession*. (Rappr. *infra, ibid.*). La notion même de la subrogation réelle paraît, en outre, conduire à ne pas faire recourir le délai de 6 mois sur l'immeuble nouveau. Comme la subrogation ne conserve que le privilège *originaire* et à son rang, tel qu'il existait sur l'immeuble ancien, il semble suffire que la publicité ait eu lieu en temps utile sur cet immeuble, c'est-à-dire dans le délai prévu par l'article 2111, la publicité sur l'immeuble subrogé apparaissant alors comme une simple publicité de rappel. En réalité, c'est tout le problème de la conservation du rang primitif par la publicité forcément tardive sur l'immeuble nouveau, qui est soulevé ici. *Ce problème est de nature à faire échec à un effet important de la subrogation de plein droit dans les sûretés réelles en cas d'échange ou de remploi.* Il concerne plus spécialement la publicité et nous l'étudierons à ce titre (cf. *infra*, N^os^ 707 et suivants). Il faut seulement remarquer ici que même si on refuse au créancier séparatiste, inscrivant son droit sur l'immeuble nouveau, le rang que lui confère l'article 2111, il faut au moins lui reconnaître celui prévu par l'article 2113 : le privilège de la séparation des patrimoines, dégénéré en simple hypothèque, prend alors rang à sa date d'inscription. Une telle modification n'est pas incompatible avec la subrogation réelle puisque nous savons que celle-ci ne

conserve les droits que dans la mesure permise par la technique générale de la publicité qui s'oppose à la conservation du privilège à son rang initial de faveur. Mais la marque et l'utilité de la subrogation réelle se retrouvent dans la possibilité même, d'inscrire la séparation des patrimoines sur l'immeuble nouveau, considéré au regard du créancier séparatiste, comme héréditaire. Sans la subrogation, l'immeuble nouveau ne serait *aucunement* susceptible de faire l'objet de la séparation des patrimoines. C'est à cet égard que la structure de cette sûreté, dans la mesure où elle permet la subrogation réelle de plein droit, conserve tout son intérêt, la spécialité de l'*inscription* empêchant seulement la conservation du rang privilégié.

b) Une difficulté du même ordre concerne non plus la publicité, mais la prescription extinctive du droit. L'article 880 exigeant que la séparation soit demandée relativement aux meubles, dans un délai de 3 ans, alors qu'il suffit à l'égard des immeubles que ceux-ci demeurent dans la main de l'héritier, que décider lorsque la créance du prix d'un immeuble vendu par l'héritier est subrogée à l'immeuble lui-même ? Doit-on admettre que la séparation des patrimoines est soumise à la prescription de 3 ans sur cette créance ? Ou convient-il de continuer à appliquer le régime prévu pour les immeubles ?

Cette difficulté, à la différence de la précédente, s'est présentée en jurisprudence et a, de ce fait, attiré l'attention de la doctrine. La Cour de Cassation (93) a admis la recevabilité de la demande en séparation des patrimoines sur le prix de vente, tant que ce prix est aux mains de l'acquéreur. Les auteurs qui approuvent cette solution, la justifient par l'idée même de subrogation réelle devant conduire, selon eux, à appliquer au meuble nouveau le régime même qui existait sur l'immeuble ancien : *subrogatum sapit naturam subrogati* (94).

L'insuffisance d'une telle justification ne saurait échapper. Elle contredit la subordination de la subrogation réelle aux principes généraux qui lui sont extérieurs (cf. *supra,* N° 560). La subrogation réelle ne peut jamais transporter le droit ancien sur le bien nouveau, que dans la mesure où celui-ci en est susceptible, selon les règles qui lui sont propres d'après la technique générale (cf. *supra,* N° 543). Cette considération, a conduit M. Henry (95) à rejeter non seulement l'explica-

---

(93) Req. précité.

(94) Cf. Aubry et Rau, *op. cit.* ; Rappr. Ripert et Boulanger, III, N° 2661.

(95) *Op. cit.,* pp. 175 et 176.

tion doctrinale mais encore la solution qu'elle prétend justifier. Cet auteur, s'attachant à la nature mobilière de la créance du prix, se prononce pour l'application à ce bien du délai de 3 ans, en faisant partir toutefois ce délai, non de l'ouverture de la succession, mais de l'aliénation.

Cette solution, si elle part d'une analyse plus correcte de la subrogation réelle, n'est pourtant pas imposée par cette analyse. Et elle demeure en soi très discutable. Si l'on conserve comme point de départ du délai l'ouverture de la succession conformément à l'article 880 C. civ. tel qu'il est convenu de l'entendre (96), ce délai perd toute signification pour peu que l'aliénation soit intervenue plus de 3 ans après le décès (97). Or, il paraît difficile, sans aucun texte le permettant, de reporter, comme le fait M. Henry, le point de départ du délai à l'aliénation : une règle aussi précise est difficilement admissible en présence d'un texte rédigé comme l'est l'article 880. Au surplus, un tel report cadre mal avec l'esprit qui a inspiré l'édiction du délai. Si l'on admet avec les auteurs (98), que ce délai est inspiré par le souci d'éviter la confusion, inévitable avec le temps, entre les meubles héréditaires et les meubles propres à l'héritier, il faut conclure que les trois ans doivent courir du décès. Le fait qu'il y ait eu des fluctuations après le décès n'est certes pas de nature à éviter la confusion, même si ces fluctuations sont l'occasion de subrogations réelles. Aussi, est-il assez peu souhaitable de prolonger le délai en en reportant le point de départ à la date de ces fluctuations. Cette considération milite certes contre le jeu même de la subrogation réelle intervenant après les trois ans qui suivent le décès. Mais à partir du moment où, la subrogation réelle étant admise, le délai perd sa raison d'être, n'est-il pas plus normal de l'écarter ? Un texte comme l'article 880, al. 2, est exceptionnel et précis. Il doit donc être limité aux hypothèses qu'il prévoit et où on peut admettre son fondement. Une troisième considération, enfin, paraît commander l'absence pure et simple de délai. L'article 880 prévoit, en effet, la *conservation* du bénéfice par sa demande en temps voulu (99). Or, cette conservation ne se conçoit qu'à l'égard des biens, quels qu'ils soient, se trouvant dans la succession. Dès qu'un de ces biens est vendu, le privilège transporté sur le prix entre, par sa nature même, dans sa phase de *réalisation*. Le but final et essentiel de toute sûreté réelle est, en effet, l'exercice du droit de préférence. Or, le droit de préférence ne s'exerce jamais que sur une créance par l'effet d'une subrogation réelle (cf. *supra*, N° 554, *et infra*,

(96) Ripert et Boulanger, III, N° 2661.
(97) *Ibid.*
(98) *Op. cit.*, N° 2660.
(99) Cf. *op. cit.*, N° 2643.

N° 690). Sans doute, dans le cadre même de l'institution qu'est la sûreté réelle, la créance prévue est-elle celle du prix obtenu sur la saisie du créancier et non sur une vente volontaire du débiteur ; et son exercice, en ce dernier cas, constitue une extension de la subrogation réelle que comporte essentiellement l'exercice du droit. Mais cette extension ne répond pas moins au but de l'institution et s'explique parfaitement à cet égard (cf. *infra,* N° 692). Dès lors, on peut estimer que la vente du bien héréditaire, même si le paiement du prix en est différé, ouvre l'exercice du droit de préférence, c'est-à-dire la réalisation de la sûreté. Il n'est plus temps alors d'appliquer des règles qui ne visent que la conservation de celle-ci.

Ainsi paraît devoir être justifiée la solution jurisprudentielle. Dès lors, les règles sont homogènes : la séparation des patrimoines se conserve sur le bien nouveau, quel qu'il soit, dans la mesure où elle a été demandée en temps utile sur le bien ancien. Il est en tout cas capital de remarquer que ces solutions doivent être recherchées au regard des principes généraux qui régissent la séparation des patrimoines et qu'elles ne sauraient, pas plus ici qu'ailleurs, être *modifiées* par la technique de la subrogation.

2e POINT. — LES SURETES REELLES GREVANT LE FONDS DE COMMERCE

604. — Ces sûretés réelles sont le privilège du vendeur et le nantissement. Elles grèvent le fonds de commerce entier ou certains éléments de celui-ci, dans des conditions du reste différentes selon les cas.

Le privilège du vendeur (article 1er de la loi du 17 mars 1909) porte sur les éléments du fonds énumérés dans la vente et dans l'inscription. A défaut de cette désignation précise, il ne grèverait que les éléments incorporels. Mais même précisé sur les différents éléments du fonds, il ne les grève que dans des conditions fixées par la loi, qui font nettement ressortir la valeur globale comme objet de la sûreté.

Les éléments frappés par le privilège se décomposent en trois masses : éléments incorporels, matériel et marchandises. Chacune de ces masses est considérée dans sa valeur globale. Afin de la préciser, la loi exige que la vente fasse mention d'un prix distinct pour chacune de ces trois masses (article 1er, al. 3, L. 1909). Et le privilège qui garantit chacun de ces trois prix s'exerce distinctement sur les prix respectifs de la revente de chacune des trois masses. L'objet

de l'action du vendeur se trouve ainsi défini avec une netteté particulière. Il est évident que chaque élément composant chacune des trois masses n'est pas considéré en lui-même, mais comme simple partie d'un groupe. Et il s'agit bien d'un groupe « fermé ». Sa valeur globale est précisée au moment de la vente et elle ne saurait naturellement se trouver augmentée de valeurs nouvelles : le privilège ne porte pas sur des valeurs qui seraient étrangères au fonds et qui proviendraient de ressources nouvelles (100).

A l'égard d'un objet ainsi défini, la subrogation réelle trouve à la fois son utilité (pour rattacher des biens nouveaux à la masse telle qu'elle est fixée dans sa valeur globale au moment de la vente) et sa possibilité (une action réelle portant sur un groupe ainsi considéré dans son ensemble répondant exactement aux conditions que nous avons définies comme favorables à la subrogation réelle (*supra*, N^os^ 591 et suivants). Aussi, convient-il d'admettre l'exercice du privilège du vendeur, non seulement sur le prix de revente de chacune des masses déterminées, selon l'article 1^er^ de la loi du 17 mars 1909, mais encore éventuellement sur tous les biens qui, entre les mains de l'acquéreur du fonds, débiteur du prix, proviennent de chacun des éléments composant chacune des trois masses (101).

605. — *Le nantissement* des fonds de commerce obéit aux mêmes principes. Il faut toutefois y apporter une réserve qui résulte de l'impossibilité pour le nantissement de grever les marchandises (article 9, L. 17 mars 1909). La subrogation réelle se trouve donc naturellement exclue de ce groupe. Mais elle demeure possible dans les deux autres groupes : éléments incorporels, matériel et outillage (102). Toutefois, les fluctuations affectant les éléments de ces deux masses sont moins nombreuses, en pratique, que celles qui concernent les marchandises dont la destination normale est la vente, et le remploi du prix pour renouveler les stocks. Aussi, faut-il admettre *a priori* que la subrogation réelle pré-

---

(100) Cf. art. 1^er^, L. 17 mars 1909, et Henry, thèse, pp. 183 et 184 ; cf. aussi rapports des 14 et 30 mars 1909 au Sénat (annexes N^os^ 72 et 94).

(101) En ce sens, Henry, *op. cit.*

(102) V. pourtant en sens contraire : Trib. Com. du Havre, 8 octobre 1934 ; G. P., 1934. 2. 827, qui a refusé la subrogation de l'indemnité d'éviction pour refus de renouvellement du bail. Cette solution est doublement critiquable : d'abord, parce que le nantissement grève les éléments incorporels dans leur ensemble ; ensuite, parce que dans toute sûreté réelle le droit de préférence doit être étendu à toutes les créances d'argent représentant la chose grevée (cf. *infra*, N^os^ 689 et suivants).

sente un intérêt pratique plus restreint dans le nantissement que dans le privilège du vendeur (103).

§ 3°. — Autres droits particuliers

606. — L'examen de certains droits particuliers est intéressant à un double égard.

D'abord, ces droits sont, par eux-mêmes, d'une nature spéciale et n'entrent pas dans les catégories courantes. La subrogation n'y présente pas moins toute son utilité et nécessite à ce titre d'y être étudiée dans ses possibilités techniques de réalisation. D'autre part, l'objet de tels droits est parfois un bien isolé, non considéré comme la partie d'un ensemble. Il n'en est pas moins appréhendé non en raison de son individualité, mais comme moyen d'obtenir un résultat quelconque, véritable objet de l'action qui met le droit en œuvre sur lui.

A ces deux points de vue apparaît l'intérêt majeur qu'il y a à ne pas s'enfermer dans des formules et des catégories préétablies, et à résoudre le problème, en raison des conditions propres à chaque cas, obéissant seulement au critérium que nous avons, seul, véritablement dégagé sur le plan général (cf. *supra*, N° 592).

1er POINT. — LE DROIT DE GAGE GENERAL DU CREANCIER

607. — Le droit de gage du créancier, tel que l'ont prévu les articles 2092 et 2093 C. civ., porte sur l'ensemble du patrimoine du débiteur. A ce titre, la subrogation s'y trouve superflue, puisque ce patrimoine est un groupe par lui-même ouvert à toute acquisition nouvelle (cf. *supra*, N^{os} 224 et 322 et suivants). Mais il peut arriver, dans certaines circonstances, que ce droit de gage, sans perdre son rôle et sa nature de

---

(103) V. aussi : 1°) pour la subrogation dans le nantissement des fonds de commerce, Esmein, S. Jurid., 1928, pp. 65 et suivantes.
2°) pour la subrogation dans la *propriété* des fonds de commerce, l'ordonnance du 21 avril 1945 sur la restitution de leurs biens aux propriétaires de biens spoliés par l'ennemi ou sous son influence (cf. étude, Sarraute et Tager, J.C.P. 1948. 1. 735, N° 10).
3°) pour la subrogation dans le droit d'un époux de *prélever* le fonds de commerce commun : Req., 5 décembre 1933, S. 1934. 1. 59 (subrogation admise sur l'indemnité de dommages de guerre relative au fonds).

garantie générale, s'individualise sur un bien déterminé du patrimoine du débiteur. La subrogation réelle y présente alors son intérêt habituel. C'est ce qui se passe par exemple, dans l'*exercice de l'action paulienne* (article 1167 C. civ.).

608. — L'utilité de la subrogation dans le jeu de cette action apparaît clairement chaque fois que la reprise en nature du bien indûment aliéné par le débiteur n'est pas possible.

Ainsi, si le bien a été détruit entre les mains de l'acquéreur et si une créance d'indemnité est née en remplacement, l'intérêt pour le créancier de l'aliénateur de faire rentrer cette créance dans son gage n'est pas douteux.

Il en va de même en cas de sous-aliénation du bien. Si le sous-acquéreur, à titre onéreux, n'est pas complice de la fraude paulienne, le créancier agissant sur la base de l'article 1167 C. civ. ne peut rien lui demander (104). Dès lors, l'exercice de son droit sur un bien de remplacement, éventuellement apparu entre les mains du premier acquéreur à titre onéreux complice de la fraude, présente pour lui un intérêt évident.

Dans de tels cas, la subrogation réelle présentant toute son utilité, il faut déterminer s'il convient ou non d'en admettre le jeu.

609. — La réponse à cette question dépend des caractères techniques du droit mis en œuvre par l'action paulienne. Cette action fait tomber l'acte d'aliénation au regard du créancier demandeur (et de ceux qui se sont joints à son action). Elle rétablit donc sur le bien aliéné *le droit de gage général du créancier demandeur* (105). Or, ce droit de gage, pour se trouver, dans cette circonstance, individualisé sur un bien déterminé (106), ne perd pas pour autant son caractère fondamental de droit de garantie. Sa mise en œuvre a pour but et pour effet d'assurer au créancier, à défaut de l'exécution volontaire de l'obligation par le débiteur, une satisfaction ultime, en lui permettant de saisir un bien *quelconque* de ce débiteur et de se payer sur le prix, c'est-à-dire par équivalent. Ce droit ne s'attache pas à un bien déterminé du débiteur. Il porte sur *tous* ces biens. Chacun de ceux-ci n'est donc jamais considéré que comme un élément du patrimoine du débiteur (106 bis).

---

(104) Cf. Planiol, II, N° 325.
(105) *Op. cit.*, N° 331, 1°.
(106) Rappr. Bonnecase, *Supplément au traité de Baudry-Lacantinerie*, III, N°s 375 et 380.
(106 bis) Cf. Planiol, II, N°s 180, 181 et 2445.

La notion de garantie ainsi conçue fait ressortir par excellence l'idée de valeur. C'est dans la mesure où ils sont susceptibles d'être transformés en argent et de permettre ainsi l'exécution forcée par équivalent des obligations, que les biens matériels intéressent le droit de gage général des créanciers. Celui-ci n'est jamais qu'un droit de saisir et de se payer sur le prix. Sans doute, en va-t-il de même à l'égard des biens qui font l'objet d'une sûreté réelle, et sont alors considérés dans leur individualité matérielle (cf. *infra*, N° 664). Mais ce résultat n'est atteint qu'en *adjoignant* à la technique générale de la garantie, un droit réel sur un ou plusieurs biens déterminés. Et c'est cette technique propre au droit réel qui attache le droit à son objet. Lorsque cette technique supplémentaire et renforcée n'existe pas, il reste le droit de garantie simple, qui, lui, considère l'*ensemble* du patrimoine du débiteur dans la mesure où celui-ci est susceptible de fournir au créancier une exécution forcée par équivalent de sa créance. Et l'action paulienne ne change rien à cette assiette du droit de gage. Les circonstances, seules, individualisent le bien aliéné par le débiteur. Mais les caractères du droit mis en œuvre demeurent les mêmes : il s'agit seulement du droit de gage général. Le bien réclamé par le créancier continue à être appréhendé non pas pour lui-même *mais comme une fraction individualisée du patrimoine du débiteur,* susceptible d'assurer, éventuellement, l'exécution par équivalent de la créance.

L'action paulienne, par son objet, se révèle donc techniquement favorable au jeu de la subrogation réelle (107). Il faut donc approuver les auteurs qui préconisent ce jeu (108).

2e POINT. — LE DROIT DU BENEFICIAIRE D'UNE CHARGE ECRITE DANS UNE LIBERALITE

610. — La question de savoir dans quelle mesure une charge écrite dans un testament ou une donation implique une destination *de la valeur* du bien légué ou donné, aux intérêts du bénéficiaire de la charge, dépend de l'intention du

---

(107) Le caractère indemnitaire qu'on lui a parfois reconnu (cf. Huc, VII, N^{os} 217 et 229 ; Colin et Capitant, II, N° 267) ne change rien à cette conclusion. En admettant même que le *but* soit de réparer le préjudice souffert par le créancier (préjudice qui ne paraît, du reste, qu'éventuel avant le non-paiement à l'échéance), le *moyen* demeure la révocation de l'acte qui rétablit sur le bien aliéné le droit de gage général. Et c'est à l'analyse de celui-ci qu'il convient, selon nous, de rattacher les possibilités pour la subrogation réelle de jouer.

(108) Cf. Bonnecase, *op. cit.*, N° 370. Il n'existe pas de jurisprudence en cette matière.

disposant. Seule l'analyse directe de sa volonté permet de déterminer si la subrogation réelle se révèle ou non désirable dans l'exécution de la charge (cf. *supra,* N° 461).

A supposer cette subrogation désirable, sa possibilité technique de réalisation ne paraît pas soulever de difficultés. Il est admis que le droit du bénéficiaire de la charge est un droit de créance. Le gratifié, grevé de la charge, est débiteur personnel envers lui (109), soit d'une somme d'argent, soit, le plus souvent, d'une obligation de faire (création d'une œuvre pieuse, de bienfaisance, d'enseignement, etc...). Or, ce droit de créance, qui n'est pratiquement jamais une créance de corps certain, n'est pas rivé à l'individualité du bien donné. Bien souvent même, l'exécution de la charge exige une aliénation de ce bien. L'objet du droit est uniquement une prestation dont le bien donné est simplement un moyen d'exécution (fournir de l'argent liquide, réaliser une œuvre...). Or, ce droit de créance, par sa souplesse, obéit aisément à l'intention du gratifiant, laquelle porte sur la destination (cf. *supra, ibid*). Le bénéficiaire est au fond créancier de ce que le gratifiant a entendu lui destiner. Et, comme nous supposons que cette destination est en valeur, il faut conclure que le droit du bénéficiaire a techniquement le même objet.

La créance du bénéficiaire de la charge offre ainsi un excellent exemple de droit indifférent à l'individualité matérielle du bien appréhendé, encore que celui-ci soit isolé. C'est à l'égard d'un tel droit qu'on mesure à quel point il convient, pour préciser le fonctionnement de la subrogation réelle, de ne pas s'enfermer dans des formules. Seul le critérium négatif que nous avons dégagé (cf. *supra,* N° 592) peut ici intervenir. Mais il est déterminant. Le droit du bénéficiaire, dans la mesure où il porte sur une prestation dont le bien donné ou légué n'est qu'un simple moyen d'exécution, se détache de l'individualité matérielle de ce bien et n'offre, par conséquent, aucun obstacle à la réalisation de la subrogation réelle.

611. — Ce principe admis, il convient de remarquer que la subrogation réelle sera souvent délaissée dans l'exécution de la charge. Elle assure, en effet, une perpétuation de l'exécution *en nature* de l'obligation. Or, sur le plan des droits de créance, l'exécution par équivalent demeure toujours possible. Aussi, arrive-t-il parfois que cette exécution par équivalent en une somme d'argent soit préférée, voire simplement

(109) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 3693. La reconnaissance d'une action directe du tiers bénéficiaire envers le gratifié a fait l'objet d'une évolution bien connue ressortissant à la technique de la stipulation pour autrui (cf. *op. cit., II,* N° 667 ; III, N° 3678).

acceptée, par le bénéficiaire créancier. La subrogation réelle alors n'intervient pas.

Il faut même noter que l'exécution par équivalent prime toujours la subrogation réelle lorsque celle-ci aboutit à faire attribuer au bénéficiaire la créance du prix de vente du bien donné. Comme ce bénéficiaire est un créancier chirographaire, il n'a aucun privilège sur cette créance. Il sera notamment primé, en partie ou en totalité, par les créanciers ayant une sûreté réelle sur le bien donné. Or, comme la subrogation ne pourrait lui reconnaître de droit que sur le *reliquat* de la créance du prix de vente du bien donné, après désintéressement des créanciers privilégiés ou hypothécaires, l'exécution par équivalent pour le montant *intégral* de ce prix s'avère plus simple et préférable. Mais il s'agit alors d'une créance de somme d'argent ordinaire dont la reconnaissance ne relève pas de la subrogation réelle. C'est pourquoi M. Henry a cité, à tort, selon nous, comme exemple de décision consacrant la subrogation réelle, un arrêt de la Cour de Dijon du 24 mars 1893 (110), qui a admis la créance d'un hospice, bénéficiaire d'une charge consistant à lui attribuer le prix de l'immeuble donné, pour la totalité de ce prix de vente, alors que celui-ci, consigné à la Caisse des Dépôts et Consignations, avait été en partie attribué aux créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble. La subrogation réelle ne pouvait conduire à reconnaître de droit à l'hospice que sur le reliquat de la créance du prix, seul bien de remplacement. En admettant, fort justement, l'hospice à réclamer le *montant* total du prix, pourtant en partie dissipé, la Cour de Dijon a simplement consacré la règle *genera non pereunt*, qui vaut pour les créances de sommes d'argent exclusives de la notion de subrogation réelle (cf. *supra*, N° 313).

A la vérité, il n'existe aucune jurisprudence concernant la subrogation réelle dans l'exécution même de la charge. Les arrêts sont certes nombreux, qui ont statué en matière de subrogation dans les libéralités avec charges ; mais ils ont eu à connaître de la *révocation* de la donation pour inexécution des charges ou de certains droits de *reprise* spéciaux (cf. *infra*, N°s 660 et 661). Or, ces révocations et reprises mettent en œuvre un droit absolument distinct de celui du bénéficiaire : la propriété du gratifiant rétablie sur le bien donné, ou celle de ses héritiers, s'il s'agit d'un bien légué. Ce droit de propriété, à la différence du premier, entre dans la catégorie des droits attachés à l'individualité matérielle de leur objet. Le jeu de la subrogation réelle s'y présente dans des conditions nettement différentes, dont il nous faut maintenant aborder l'étude.

(110) Arrêt cité et commenté par M. Henry, thèse, pp. 240 et 241. Il se trouve, en outre, à la *Revue Bourguignonne*, année 1893.

SOUS-SECTION II

SUBROGATION DANS LES DROITS ATTACHES A L'INDIVIDUALITE MATERIELLE DE LEUR OBJET

612. — De tels droits, à la différence des précédents, doivent normalement disparaître lorsqu'ils perdent leur objet matériel. La subrogation réelle leur est donc antinomique puisqu'elle assure la survie des droits au profit d'un même titulaire, malgré le changement d'objet matériel (cf. *supra,* N^{os} 515 et suivants). Elle ne peut donc s'accomplir ici, sous la simple impulsion d'une destination en valeur. Celle-ci, qui se borne à rendre la subrogation désirable aux points de vue économique, social ou moral (cf. *supra,* N° 426), ne saurait, à elle seule, permettre de déroger à une donnée technique certaine. Lorsqu'un droit est attaché à l'individualité matérielle de son objet, il voit sa propre individualité déterminée par un critérium objectif. Cette conception objective s'impose sur le plan technique et ne laisse pas place à la conception subjective impliquée par la subrogation réelle (rappr. *supra,* N^{os} 214 et suivants, 515 et suivants, 549). Seule une modification particulière de ces données techniques peut rendre la subrogation possible. Ainsi, le principe général commandant alors le jeu de la subrogation s'analyse, dès l'abord, en deux points : insuffisance de la destination en valeur, nécessité d'une décision spéciale.

Or, il est notable que ces deux points ont été presque unanimement méconnus par la doctrine qui a étudié la subrogation réelle. Depuis cinquante ans, tous les auteurs qui se sont penchés sur ce sujet ont affirmé le contraire de ce qui paraît être une vérité de bon sens presque évidente. Il importe donc de s'arrêter quelque peu à la justification de ces deux points qui constituent les données générales du problème, avant de dégager les solutions de celui-ci, en déterminant quels sont les droits attachés à l'individualité matérielle de leur objet.

§. 1er — Données générales du problème

613. — Ces données, telles que l'analyse même des buts de la subrogation (cf. *supra,* N° 470) rapprochée du caractère technique des droits en cause, les dégage, se ramènent à

deux points fondamentaux, du reste strictement solidaires l'un de l'autre. Ces deux données sont : l'insuffisance de la destination en valeur et la nécessité d'une décision spéciale de subrogation.

Article 1er. — INSUFFISANCE DE LA DESTINATION EN VALEUR

614. — Cette insuffisance est la donnée capitale méconnue par les auteurs. Comme elle commande tout le fonctionnement de la subrogation réelle dans la présente hypothèse, il importe de rapporter l'opinion doctrinale qui la méconnaît, afin de mieux en dénoncer l'inexactitude.

1er POINT. — MECONNAISSANCE DOCTRINALE DE CETTE DONNEE DU PROBLEME

615. — Bien que les auteurs ne se soient jamais appesantis sur ce point, on peut tenir pour acquis qu'ils n'ont pas ignoré l'existence même de droits attachés à l'individualité matérielle de leur objet. Il leur était impossible de ne pas reconnaître ce caractère, par exemple aux droits réels spéciaux sous leur forme habituelle (cf. *infra,* Nos 655 et suivants). Ils n'ont donc pas, à proprement parler, méconnu l'existence d'obstacles à la subrogation réelle. Mais ils ont vu, du moins implicitement, dans les buts de la subrogation réelle, une raison suffisante, de passer outre à ces obstacles. Ce point de vue a été partagé par *tous* les auteurs qui ont refusé d'admettre la théorie classique, c'est-à-dire par tous les auteurs modernes et contemporains.

Il constitue le trait marquant et le plus caractéristique de la théorie moderne lorsqu'elle affirme que la subrogation doit jouer chaque fois qu'un bien est affecté dans sa valeur à un but déterminé (cf. *supra,* Nos 27 et suivants).

Cette opinion, déjà exprimée par Saleilles, apparaît de façon significative lorsque cet auteur déclare incompréhensible l'exigence par la Cour de Cassation d'une décision spéciale de subrogation dans une espèce où l'existence d'une affectation contractuelle n'était pas douteuse (111). Si l'on admet que cette affectation appelle la subrogation, pensait Saleilles, que vient faire cette exigence d'une convention supplémentaire ? L'affectation contractuelle suffit à justifier le

(111) Note Saleilles, sous Civ., 29 avril 1901, S. 1903. 1. 323, col. 3.

jeu de la subrogation réelle et la seule question qui se pose est celle de savoir si les parties ont ou non entendu affecter. Cette idée, reprise et développée par Demogue, Planiol et M. Henry (cf. *supra*, N^{os} 30 et 31) devait dominer toute la théorie moderne. La subrogation réelle se trouve affranchie de toute servitude technique par le seul fait qu'elle perpétue sur le bien nouveau l'affectation à laquelle le bien ancien était soumis. M. Henry exprime cette opinion sans aucune ambiguïté lorsqu'il écrit : « L'affectation contractuelle est la condition nécessaire et *suffisante* de la subrogation réelle... c'est la condition suffisante en ce sens que *par le fait même* de la clause antérieure d'affectation, *la subrogation se produit de plein droit*, sans qu'il soit besoin d'une nouvelle convention intervenue entre les parties » (112).

Il est vrai que Planiol et M. Henry limitent l'affranchissement de la subrogation réelle par son seul but, aux cas où celui-ci s'analyse en une affectation. Lorsqu'il s'agit d'une simple obligation de restitution, la subrogation ne peut s'accomplir que si la revendication porte sur une universalité de droit ou de fait. Si la revendication a pour objet un bien isolé, la spécialité du droit réel de propriété s'oppose au jeu de plein droit de la subrogation (cf. *supra*, N° 31) dont le caractère désirable n'est pourtant pas nié (113). Cette restriction est simplement affirmée ; Planiol et M. Henry n'expliquent pas pourquoi la subrogation empêchée par la spécialité matérielle du droit de propriété, ne l'est pas par celle tout aussi certaine des autres droits réels comme l'hypothèque ou l'usufruit qui sont réputés exprimer des affectations. La seule raison, en réalité admise par ces auteurs, réside dans la vertu de l'affectation (114). Cette différence accuse donc encore le pouvoir émancipateur reconnu à ce but de la subrogation réelle (115).

---

(112) Henry, thèse, pp. 142 et 143.

(113) M. Henry, du reste, renonce à cette conception à propos de la révocation des libéralités avec charges. Bien que cette révocation mette simplement en œuvre le droit de propriété du disposant ou de ses héritiers (cf. *infra*, N^{os} 660 et 661), M. Henry ne veut voir dans ce cas que l'affectation impliquée par la charge au profit du bénéficiaire (cf. thèse, pp. 236 et 237).

(114) Rappelons que la distinction entre les actions réelles générale et spéciale, appliquée à la seule revendication de la propriété, peut trouver une origine historique dans l'extension reconnue par nos anciens auteurs à une règle romaine en réalité strictement limitée à la pétition d'hérédité (cf. *supra*, N° 17) et, du reste, très discutable même ainsi limitée (cf. Henry, thèse, pp. 37 et 38). Cette explication historique embrouillée et purement contingente ne saurait, en aucune façon, justifier la limitation de la distinction à la propriété en droit français positif.

(115) V. également en ce sens Planiol et Ripert, III, par M. Picard, N^{os} 33 et suivants.

616. — L'affranchissement de la subrogation par la notion d'affectation peut s'expliquer, sinon se justifier, par la réaction des auteurs modernes contre la théorie classique. Celle-ci, tout au contraire, ignorant systématiquement les buts de la subrogation réelle, ne considérait que les facteurs techniques (cf. *supra,* N° 22) et par une tendance dès lors naturelle, s'attachait surtout aux servitudes imposées par ceux-ci. La maxime *in judiciis singularibus...* en était l'expression significative (cf. *supra,* N° 16). Mais les auteurs postérieurs n'ont pas la même excuse, qui, comme Bonnecase, suivent sur ce point la théorie moderne (116).

Capitant, en revanche, présente de l'affranchissement de la subrogation réelle par ses buts une autre conception, lorsqu'il soutient que tous les droits réels, de propriété ou de garantie, se transportent *toujours* sur la créance du prix de la chose grevée (cf. *supra,* N° 41). Conception à la fois plus large (puisque s'appliquant à la propriété) et plus étroite (puisque limitée à la créance du prix de vente) que celle de la théorie moderne. Mais conception qui reconnaît bien aux buts de la subrogation réelle, le pouvoir de libérer celle-ci des servitudes techniques, car la raison de cette subrogation du prix à la chose est l'équité, notion qui concerne bien les buts de la subrogation (cf. *supra,* N° 430).

La vertu reconnue aux buts de la subrogation, de faire jouer celle-ci sans tenir compte des servitudes que la technique juridique peut lui imposer, se présente donc sous ses divers aspects comme une affirmation doctrinale aujourd'hui constante. Il est essentiel de dénoncer l'erreur de cette affirmation et de justifier, du même coup, la conception contraire comme donnée générale du problème.

2e POINT. — JUSTIFICATION DE CETTE DONNEE DU PROBLEME

617. — Le rôle reconnu par la doctrine aux buts de la subrogation (affectation, équité, et plus généralement destination en valeur) (cf. *supra,* N^{os} 426, 434 et suivants) dans le fonctionnement de celle-ci, pourrait paraître justifié par une présomption en apparence bien normale, d'adaptation de la technique aux buts (cf. *supra,* N° 558). Sans doute peut-on penser, le droit que la subrogation doit conserver est-il souvent techniquement attaché à l'individualité matérielle de son objet ; mais le fait que cet objet ait été affecté en valeur

(116) Bonnecase, *op. cit.,* N° 379.

à un but quelconque par une autorité compétente déterminée (cf. *supra,* N^{os} 471 et suivants) ne doit-il pas normalement conduire à reconnaître que, dans ce cas du moins, il est précisément fait exception à cette spécialité matérielle ? De fait, telle est bien la conclusion à laquelle aboutit la théorie moderne en affirmant que dans la subrogation réelle, le droit porte non pas sur le bien matériel mais sur la valeur (cf. *supra,* N° 484). Et très logiquement aussi, soudant techniquement la subrogation à l'affectation, la même théorie identifie la décision d'affectation et celle de subrogation (cf. *supra,* N° 471, pour la compétence). Bref, c'est sur une assimilation complète de la technique aux buts que repose l'opinion doctrinale.

Nous avons déjà dénoncé les erreurs particulières qui en sont la conséquence et que nous venons de citer. Nous avons même relevé, sur un plan plus général, l'inexactitude de cette assimilation, qui procède, en réalité, d'une confusion (cf. *supra,* N° 558). Il convient ici de s'y arrêter plus spécialement, car c'est précisément lorsque la destination en valeur se réalise par un droit attaché à l'individualité matérielle de son objet que la dualité entre les buts et la technique se traduit par un divorce qui, tout en l'éclairant, pèse de tout son poids sur le jeu de la subrogation.

618. — La présomption d'adaptation de la technique aux buts qui paraît, de prime abord, s'appuyer sur le bon sens, ne recouvre, en réalité, appliquée à la subrogation réelle, qu'une erreur fondamentale. De quels buts et de quelle technique s'agit-il en effet ? Le but s'analyse, nous l'avons vu, en une destination *en valeur* (cf. *supra,* N^{os} 434 et suivants). Quant à la technique, elle n'est rien d'autre que la technique générale, c'est-à-dire une technique normalement forgée pour d'autres fins. Nous avons démontré que la subrogation réelle n'est pas une institution juridique distincte (cf. *supra,* N° 546). Elle n'est qu'une *utilisation,* voire une sollicitation d'une technique qui lui est hétérogène (cf. *supra,* N^{os} 547 et suivants). Et cette utilisation n'est rien d'autre que la conséquence du fait qui domine toute la question : la destination en valeur ne se forge pas sa propre technique, elle utilise une technique matérialiste qui ne lui est pas adaptée (cf. *supra,* N^{os} 480 et suivants) et la subrogation n'est, elle-même, que le moyen naturellement imposé par cette technique matérialiste, pour réaliser la destination en valeur lorsqu'une fluctuation atteint l'objet du droit par lequel celle-ci s'exprime (cf. *supra,* N^{os} 483 et suivants). Dès lors, quoi d'étonnant à ce que la technique se révèle parfois inadaptée à la réalisation de buts en vue desquels elle n'a pas été spécialement créée ? C'est plutôt le contraire qui surprendrait. La divergence fondamentale

entre les buts et la technique recèle en soi au moins la *possibilité* d'obstacles au fonctionnement de la subrogation.

Or, l'un de ces obstacles existe précisément lorsque le droit par lequel s'exprime la destination en valeur est rivé à l'individualité matérielle de son objet. Cet obstacle est, par hypothèse, le type même de ceux que la subrogation réelle est appelée à rencontrer. La poussée que la subrogation puise dans ses buts se heurte alors à une résistance technique. Un problème d'équilibre entre deux forces contraires se trouve du coup posé.

Les analyses que nous avons vues dominer tout le problème de la technique de la subrogation réelle, ne peuvent laisser de doute sur la solution : la résistance technique doit l'emporter. La destination en valeur ne puise, en effet, nulle part un titre quelconque à modifier la technique générale qu'elle utilise. C'est ici qu'il convient de rappeler le principe général de *subordination* technique de la destination en valeur et de la subrogation réelle (cf. *supra,* N^{os} 482, 546 et 560). Empruntant pour se réaliser les droits que la technique juridique générale met à sa disposition, la destination en valeur ne peut se réaliser par la subrogation réelle que dans la mesure où cette technique juridique générale s'y prête. Quant à l'objection selon laquelle la décision de destination en valeur dérogerait, par sa seule existence, à la spécialité matérielle du droit par lequel cette destination se réalise (cf. *supra,* N° 617), elle repose sur une analyse inexacte. Pour qu'une telle objection eût quelque poids, il faudrait que la décision de destination en valeur pût être considérée comme comportant toujours et en principe une précision expresse de subrogation. Or, nous avons vu qu'il n'en est rien. La subrogation réelle est dans la logique *objective* de la décision de destination en valeur ; mais elle n'est pas dans sa *psychologie* en ce sens qu'elle n'est pas effectivement et spécialement prévue, par le seul fait qu'un bien quelconque est destiné dans sa valeur à un but quelconque. Nous avons déjà démontré ce point essentiel en analysant la décision de destination en valeur (cf. *supra,* N^{os} 468 et suivants). On en mesure ici toute la portée. La décision de destination en valeur ne vaut pas, par elle-même, décision spéciale de subrogation. Et même quand la décision spéciale *accompagne* la décision de destination en valeur et la révèle, celle-ci est, le plus souvent, beaucoup plus large et plus générale (cf. *supra,* N° 469). Ce qui rattache la subrogation réelle à ses buts et la rend désirable, c'est la logique de la destination en valeur et non une prévision spéciale qui le plus souvent n'existe pas (117). La destination en

(117) Et il en était bien ainsi dans l'espèce à propos de laquelle

valeur est une notion purement économique, sociale, morale, suivant les cas ; elle relève donc de la politique, au sens large du terme. Elle n'a aucune visée, ni aucune incidence techniques ; elle n'a surtout pas la vertu de modifier les règles techniques les plus certaines.Qu'on se reporte aux destinations en valeur qui fondent les subrogations réelles les plus fréquentes, et qu'on juge si elles permettent de transformer les données les plus courantes et les plus fermement consacrées. Nous avons vu que la propriété, les sûretés réelles, l'usufruit, par exemple, créaient des situations comportant d'indubitables destinations en valeur (cf. *supra,* N^{os} 446 et suivants). Mais ces destinations ne permettent, en aucune façon, de méconnaître la spécialité matérielle de ces droits, et de les appliquer à des biens sur lesquels ils n'ont pas été spécialement constitués. On est propriétaire de tel ou tel bien ; on a une hypothèque sur tel immeuble ou l'usufruit de tel domaine. Tous ces droits ne peuvent, sans une intervention expresse et qualifiée d'une autorité compétente, changer d'assiette sous le seul prétexte que ce changement répond à un but qui le rend désirable. Permettre la subrogation réelle dans de tels droits, sous la seule impulsion de ces considérations téléologiques, relève d'une conception technique fantaisiste.

619. — La conclusion positive s'impose donc : la poussée fonctionnelle que la subrogation puise dans ses buts ne saurait l'emporter sur la résistance qu'elle rencontre sur le plan technique. Sans doute, cette conclusion doit-elle conduire à rejeter la subrogation réelle dans des cas où celle-ci est parfaitement désirable. Mais on ne peut oublier que la technique juridique, en permettant d'atteindre un certain nombre de fins pour lesquelles elle est créée, a aussi pour mission d'assurer la *sécurité* du commerce juridique. Cette mission ne serait pas remplie, si les concepts techniques se trouvaient déformés au gré des désirs que des circonstances *imprévues* peuvent faire apparaître. Si, à cet égard, une certaine souplesse est souhaitable dans l'interprétation, cette souplesse ne saurait conduire à la méconnaissance arbitraire et désordonnée de règles qui demeurent justifiées au regard des buts qui sont exactement les leurs. Ces considérations valent

---

la Cour de Cassation a rendu son arrêt du 29 avril 1901 critiqué par Saleilles (cf. *supra,* N° 615 texte et note 111). La destination, ou si l'on veut l'affectation, résultait d'une donation d'un immeuble à une commune, à charge par celle-ci d'y entretenir à perpétuité une école dirigée par les frères de la doctrine chrétienne. Que la subrogation réelle fût, en cas de fluctuation, désirable pour perpétuer cette charge, le fait n'est pas douteux. Mais il est non moins certain que le donateur n'avait aucunement songé à cette fluctuation et à cette subrogation (v. l'espèce, Civ. 29 avril 1901, D. 1902. 1. 33, S. 1903. 1. 321).

rigoureusement pour la subrogation réelle, dont les buts sont étrangers à la technique qu'elle utilise et qui n'est jamais que *tolérée* par cette technique. C'est pourquoi la destination en valeur ne peut pas être une condition suffisante de la subrogation réelle lorsque le droit à conserver est attaché à l'individualité matérielle de son objet. C'est donc à la conclusion opposée à celle de la doctrine et notamment à celle de la théorie moderne, que l'on aboutit.

C'est cette conclusion que la Cour de Cassation a exprimée à trois reprises de 1910 à 1925 (118), en des termes dont le choix apparaît comme une fin de non-recevoir opposée à la solution des auteurs modernes : « L'affectation par donation d'une somme d'argent à un objet déterminé, dit la Cour Suprême, ne rentre dans aucun des cas de subrogation réelle, établis par la loi, et, dès lors, n'emporte pas par elle-même substitution de l'objet à la somme d'argent ; pour qu'elle ait cet effet, il faut qu'il lui ait été attribué par la volonté des parties ». Si l'on songe que la Cour de Cassation a énoncé ce principe à propos de l'exercice de la reprise par les héritiers de donateurs ou de testateurs, des biens donnés ou légués, par conséquent dans l'exercice du droit spécial de propriété (cf. *infra,* N^os^ 660 et 661), on ne saurait trouver plus nette expression du principe de l'insuffisance de l'affectation en valeur pour faire jouer la subrogation dans l'hypothèse que nous étudions.

Mais la Cour de Cassation annonce elle-même le moyen de faire jouer la subrogation dans ces hypothèses. Ce moyen c'est la décision spéciale de subrogation dont la nécessité est la conséquence immédiate de l'insuffisance de la destination en valeur. Cette nécessité constitue la deuxième donnée générale du problème.

Article 2^e^. — NECESSITE D'UNE DECISION SPECIALE DE SUBROGATION

620. — Le principe même de cette nécessité apparaît en évidence à la lumière des raisons qui justifient l'insuffisance de la destination en valeur pour faire jouer la subrogation. Puisque la décision de destination en valeur s'avère inapte à atteindre ce résultat, une autre décision doit accomplir ce que la première est inhabile à réaliser. Ainsi s'explique clairement la nécessité de cette convention particulière de

---

(118) Civ., 1^er^ août 1910, S. 1913. 1. 361 ; Civ., 10 mars 1920, S. 1923. 1. 305 ; Civ., 23 mars 1925, D. H. 1925. 308 (cf. *supra,* N° 35, c.)

subrogation exigée par la Cour de Cassation et dont Saleilles cherchait en vain le bien-fondé (cf. *supra,* N° 615 texte et notes 111 et 117). Le développement logique, mais économique, social ou moral, donc politique, de l'affectation contractuelle contenue, par exemple, dans une libéralité, ne saurait, à lui seul, aller à l'encontre de la spécialité matérielle du droit de propriété mis en œuvre dans la révocation de cette libéralité, dès lors que le transport de ce droit de propriété sur un autre bien n'a fait l'objet d'aucune prévision spéciale dans l'affectation contractuelle. La décision spéciale de subrogation réelle n'a pas d'autre raison d'être que de réaliser précisément ce transport.

Aussi bien, la nécessité d'une décision spéciale nécessite-t-elle moins de retenir l'attention par son principe que par ses conséquences. La raison d'être de la décision spéciale se marque, en effet, d'une façon intime et directe sur la notion et sur le régime de cette décision. Aussi, est-ce à travers ces deux expressions précises et positives qu'il convient d'étudier, le plus utilement, la nécessité d'une décision spéciale de subrogation.

1er POINT. — LA NOTION DE DECISION SPECIALE DE SUBROGATION

621. — La décision spéciale n'est rien d'autre qu'une *stipulation de la subrogation elle-même.* C'est sous cet aspect qu'elle se présente. Ainsi l'article 575, al. 2. du C. com., permettant au déposant de revendiquer dans la faillite du dépositaire, la créance du prix si le dépositaire a vendu la chose déposée, est une décision spéciale de subrogation dans le droit de propriété du déposant. On peut en dire autant des articles 1407, 1434 et 1435 du C. civ., à l'égard de droit propre des époux communs en biens.

La décision spéciale présente des caractères essentiels et généraux, qu'il importe de dégager avant d'analyser une variété particulière et importante de décision spéciale : celle qui intègre la subrogation dans une institution déterminée.

I. — ANALYSE GENERALE DE LA DECISION SPECIALE DE SUBROGATION

622. — L'analogie avec la décision de destination en valeur ne saurait échapper. Nous avons vu que cette destination s'exprime toujours sur le bien ancien par la création d'un droit subjectif précis, relevant de la technique juridique générale (cf. *supra,* N°s 477 et suivants). La décision spéciale

ne fait rien d'autre que de réaliser la même opération sur le bien nouveau. En ce sens, *elle n'est qu'une réédition de la décision de destination en valeur.*

Mais toute son originalité vient du fait que le droit qu'elle crée sur le bien nouveau est précisément celui qui existait sur le bien initial. De sorte que, par un paradoxe apparent mais curieux, c'est dans la mesure où elle reproduit avec une rigueur *extrême* la décision de destination en valeur que la décision spéciale se distingue de celle-ci (118 bis).

En réalité, la décision spéciale de subrogation contient en elle tous les caractères qui forment la notion même de la subrogation réelle. En conservant le droit initial dans sa nature et dans son individualité, elle fait prévaloir la conception subjective de cette individualité, conception que la spécialité matérielle du droit empêchait de triompher sans le secours de cette recréation précise sur le bien nouveau. Et là est la véritable et profonde différence entre la décision de destination en valeur et la décision spéciale. Au regard de la subrogation réelle, la seconde a un sens *technique* dont la première se trouve dépourvue. Le lien entre la décision de destination en valeur et la subrogation est d'une nature purement « politique » (la subrogation étant simplement dans la logique objective mais non dans les prévisions précises de la décision), alors que le lien qui unit la subrogation à la décision spéciale est d'une nature technique : la subrogation, étant spécialement prévue *en elle-même,* doit jouer par application pure et simple du pouvoir techniquement reconnu à la volonté qui prend la décision.

623. — Il est à peine besoin, dans ces conditions, de rappeler ici le bien-fondé d'un caractère essentiel de la décision spéciale qui est son *autonomie* par rapport à la décision de destination en valeur. Résultat de l'insuffisance de la destination en valeur pour faire jouer la subrogation réelle (cf. *supra,* N°s 617 et suivants), la décision spéciale est l'expression la plus concrète et la plus typique de la dualité entre les buts de la subrogation réelle et ses moyens de réalisation. Se situant sur le plan technique, la décision spéciale se distingue naturellement de la décision de destination en valeur. Il est seulement intéressant de relever ici que cette distinction est très nettement marquée en droit positif.

La jurisprudence relative à la révocation des libéralités, ou à certaines reprises qui en sont la conséquence (cf. *supra,*

(118 bis) C'est pourquoi l'étude de la décision spéciale de subrogation trouve sa place à l'étude de la conservation dans son individualité. Sans doute la conservation du droit dans sa nature peut-elle parfois exiger une décision spéciale (cf. *supra,* N° 572 texte et note 13). Mais celle-ci conserve aussi, et du même coup, le droit dans son individualité, sans quoi elle n'emporterait pas subrogation réelle.

N° 462) a nettement consacré cette analyse. Premier de l'importante série d'arrêts qui devaient promouvoir le mouvement doctrinal moderne en faveur de la subrogation réelle (cf. *supra*, N^os^ 23 et suivants), l'arrêt de la Cour de Dijon du 30 juin 1893 (119) a posé le principe d'une décision spéciale distincte de la destination en valeur (en l'espèce, une affectation contractuelle). Alors que la clause d'affectation contractuelle résidait dans un testament léguant à la fabrique d'une église différents biens, à charge pour ladite fabrique d'y entretenir à perpétuité un établissement d'instruction pour jeunes filles, la décision spéciale résultait, d'une part, de l'intention du testateur *expressément interprétée par les juges comme prévoyant la subrogation réelle en cas de remploi* d'un immeuble légué et, d'autre part, de l'*acceptation expresse et spéciale de ce remploi* par la commune substituée à la fabrique comme légataire (acceptation, au surplus, autorisée par le Préfet). Ainsi l'acceptation pure et simple *du legs*, portant indiscutablement sur la destination en valeur, n'a pu valoir acceptation de la subrogation, cette acceptation étant *spécialement* requise.

L'indépendance de la décision spéciale apparaît encore plus nettement dans une autre affaire ayant fait l'objet de l'arrêt de la Cour de Cassation du 29 avril 1901 (120). La destination en valeur procédant alors d'une donation, la subrogation ne fut admise qu'en vertu d'un *accord spécial intervenu au moment de la fluctuation* et faisant intervenir outre les héritiers du donateur, le bénéficiaire de la charge (l'institution des frères de la doctrine chrétienne dirigeant une école dans l'immeuble donné), la commune donataire et l'Administration préfectorale. Cet « accord entre tous les intéressés », expressément constaté par la Cour Suprême et qualifié par elle « convention de subrogation », consacre d'une façon éclatante l'autonomie de la décision spéciale par rapport à la décision de destination en valeur.

Et cette jurisprudence s'est trouvée confirmée constamment par la Cour de Cassation, notamment dans ses trois arrêts des 1^er^ août 1910, 10 mars 1920, 23 mars 1925 (121) qui ont refusé la subrogation dans la reprise de valeurs données, exercée par les héritiers du gratifiant, motif pris du défaut de la volonté « des parties » sur ce point. La destination en valeur était pourtant indubitable et incontestée dans la donation puisqu'il s'agissait de sommes d'argent données en vue

(119) S. 1894. 2. 185, note Saleilles, D. 1902. 1. 34, en sous-note a.
(120) D. 1902. 1. 33, note Planiol, S. 1903 1. 321, note Saleilles.
(121) Civ. 1^er^ août 1910, S. 1913. 1. 361 ; Civ. 10 mars 1920, S. 1923. 1. 305 ; Civ. 23 mars 1925, D.H. 1925. 308. V. aussi Req. 10 janvier 1923, S. 1924. 1. 341, note Demogue.

de la construction d'une chapelle et du reste effectivement employées à cette fin (122).

La décision spéciale se trouve ainsi campée en droit positif, dans une indépendance qui correspond à la fois à son analyse théorique et à sa raison d'être.

II. — ANALYSE DE LA DECISION SPECIALE INTEGRANT LA SUBROGATION REELLE DANS UNE INSTITUTION DETERMINEE

624. — Cette décision spéciale mérite une analyse particulière en raison de son sens et de sa portée qui, tout en lui conservant les caractères généraux communs à toutes les décisions spéciales, la distinguent des décisions spéciales ordinaires.

Pour en comprendre la notion, il convient de préciser ici ce que nous entendons par le mot « institution ». Il ne s'agit par de la conception philosophique dont l'élaboration magistrale devait connaître la célébrité (123), mais simplement d'un simple moyen de la technique juridique spécialement créé et organisé pour atteindre certaines fins. Ainsi comprise, la notion d'institution fait appel à trois éléments fondamentaux : a) un but particulier ; b) une technique comprenant un nombre quelconque de règles positives ; c) une adaptation de toutes ces règles à la réalisation du but visé, ce rapport de finalité entre le but et les règles positives créant entre celles-ci une cohésion organique constitutive *d'un ensemble* qui confère à la technique institutionnelle son unité. L'institution ainsi analysée peut donc se définir : un ensemble de règles positives concourant à la réalisation de buts communs. En ce sens, l'action possessoire, l'action en revendication (124), les sûretés réelles, les régimes matrimoniaux sont des institutions. Naturellement, il convient d'apporter une certaine souplesse dans l'appréciation des buts. Parfois, le but est simple ; tel est le cas dans l'action en revendication qui vise la restitution au propriétaire de la chose qui lui appartient, ou dans les sûretés réelles qui affectent un bien déterminé au paiement préférentiel de certaines créances. D'autres fois, le but est plus complexe. Ainsi,

---

(122) Il faut même remarquer que la destination en valeur contenue dans la donation comportait une décision spéciale de subrogation (substitution de la chapelle à la somme donnée). Mais cette décision concernait l'*exécution* de la charge et non la *restitution* aux donataires. Elle a été jugée inopérante à ce dernier égard. Ce point relève de l'interprétation stricte de la décision spéciale (cf. *infra*, N° 643 et suivants).

(123) Cf. Hauriou, *Principes de droit public*, 1910, chap. III.

(124) Cf. *op. cit.*, p. 126.

le régime matrimonial de communauté vise à créer entre les époux une communauté d'intérêts, doublant sur le plan patrimonial la communauté de vie, mais aussi un équilibre entre les intérêts communs, ainsi stimulés, et les intérêts propres à chaque époux (la subrogation réelle obéissant plus particulièrement à ces préoccupations (cf. *infra,* N^{os} 668 et 669). Le but est ici plus complexe, mais il répond à celui de tout régime matrimonial qui est d'établir un certain type de rapports patrimoniaux sur la base de la vie en commun (125). Toujours, il existe un ou plusieurs buts plus ou moins nuancés et un ensemble de règles spécialement créées pour les atteindre.

L'insertion de la subrogation réelle parmi ces règles exige le plus souvent, pour être décelée, une analyse. La décision spéciale d'intégration dans l'institution se présente, en effet, extérieurement, comme une décision spéciale ordinaire. La subrogation est simplement prévue dans un ou plusieurs cas particuliers. Ainsi, sous le régime de communauté, les articles 1407, 1434 et 1435 du C. civ. édictent la subrogation réelle dans les propres en cas d'échange et de remploi, sans plus. Pour déceler l'insertion de la subrogation dans l'ensemble de la technique institutionnelle, il est nécessaire de discerner les rapports qui unissent cette subrogation avec d'autres règles dans la réalisation d'un but commun. C'est la convergence de toutes ces règles, subrogation comprise vers ce but, qui révèle dans son véritable sens, la présence de la subrogation dans l'ensemble. Parfois, la subrogation réelle occupe la place centrale et joue le rôle principal. Tel est le cas du droit de préférence dans les sûretés réelles, par exemple dans l'hypothèque (comp. *supra,* N° 554). Le but, ici, est d'affecter l'immeuble hypothéqué au paiement préférentiel du créancier hypothécaire. Le moyen est de renforcer le droit de saisir et de se faire payer sur le prix de vente, que le créancier tire de son gage général, par un droit réel sur l'immeuble (art. 2114 du C. civ.) et de transporter ce droit sur la créance du prix, lors de la vente sur saisie. L'institution entière de la sûreté tend vers ce droit de préférence qui se réalise essentiellement par une subrogation réelle. Toutes les autres règles constituant l'ensemble de l'institution et notamment celles qui assurent la mise en œuvre du droit, depuis le commandement de payer jusqu'à la délivrance des bordereaux de collocation, gravitent autour de la subrogation réelle. L'insertion de celle-ci dans l'ensemble est donc ici

(125) C'est pourquoi on a pu voir dans la séparation de biens l'absence de régime matrimonial (cf. Savatier, chronique, D.H. 1929, p. 21), entendant par là que la séparation de biens n'instaure pas des règles spéciales correspondant à un type particulier de rapports patrimoniaux issus de la vie conjugale.

facilement décelable. Parfois, au contraire, la subrogation occupe une place plus discrète. Elle est simplement prévue à l'occasion de certaines fluctuations pouvant se produire éventuellement. Ainsi, sous le régime de communauté, elle résulte des articles 1407, 1434 et 1435 du C. civ. qui se bornent à envisager l'échange et le remploi de biens propres. La place qui revient, en réalité, à cette subrogation dans le régime matrimonial se mesure par l'examen du but recherché. On s'aperçoit alors que ce but est d'assurer l'équilibre entre les masses de biens en présence ; que ce but a une portée générale et qu'il correspond à une donnée générale du régime (cf. *infra,* N^os^ 668 et suivants), à tel point que le législateur a édicté tout un ensemble d'autres règles concourant à le préserver, et notamment la théorie dite des récompenses et la réglementation des reprises qui en est le prolongement. Ce rapprochement opéré entre la subrogation et d'autres règles qui, par d'autres voies, tendent aux mêmes fins qu'elle, découvre l'ensemble homogène et cohérent formé par toute cette technique centrée sur un même but. On mesure alors à quel point la subrogation fait partie d'un tout et se rattache intimement à lui. La différence ne peut échapper, par exemple, avec la même subrogation dans la revendication ordinaire, où elle n'est pas prévue et où elle n'apparaît comme désirable qu'en raison de considérations très générales relevant de l'équité (cf. *supra,* N^os^ 463 et suivants). Il en va de même dans l'exercice de la révocation des libéralités avec charges qui n'est qu'un cas particulier d'application de la revendication (cf. *supra,* N^os^ 462 et 660). Et on ne peut voir dans des prévisions particulières comme celles des articles 575, al. 2, du C. com., ou 460 du C. pén., des décisions intégrant la subrogation dans la revendication en général (cf. *infra,* 662). Sans doute ces décisions répondent-elles au but général qui justifie la subrogation dans toute revendication. Mais elles demeurent *isolées,* et ne se recoupent avec aucune autre règle visant ce but général et pouvant former avec elles un ensemble *technique* cohérent.

625. — Il est facile de rapprocher la décision spéciale intégrant la subrogation dans une institution, ainsi conçue, de la décision spéciale ordinaire.

Comme la décision ordinaire, elle s'analyse en une création sur le bien nouveau *du même* droit qui existait sur le bien ancien (cf. *supra,* N° 622). Sa raison d'être est la même, en ce sens que sans elle, la subrogation ne pourrait fonctionner à cause de la spécialité matérielle du droit à conserver (126). Aussi, présente-t-elle les mêmes caractères généraux

(126) Il est évident que la subrogation réelle pourrait se trouver intégrée dans une institution, même lorsque le droit à conserver ne

que la décision ordinaire et notamment son autonomie par rapport à la décision de destination en valeur. Elle se distingue nettement de celle-ci malgré le rôle joué par la considération des buts dans l'analyse de sa notion. Elle se présente de façon distincte comme une prévision spéciale (et même beaucoup plus souvent *expresse* que la décision ordinaire (cf. *infra*, N° 639) de la subrogation elle-même. A tous ces égards, la notion de décision spéciale peut être conservée dans son unité.

Mais une différence capitale apparaît entre les deux variétés de décision. Il convient de remarquer d'abord que lorsque la subrogation est intégrée dans une institution, son but est souvent plus précis. Ainsi, dans la revendication, la subrogation vise un but assez général d'équité, alors que dans l'exercice des reprises sous le régime de communauté, ce but voit son caractère concret accusé par les données propres du régime matrimonial visant à réaliser l'équilibre entre les masses de biens. Mais là n'est pas la considération essentielle. Celle-ci concerne le plan *technique*. Le fait que la subrogation intégrée dans une institution, devienne une pièce appartenant à un ensemble technique est à cet égard le trait caractéristique. En soi, toute subrogation n'est qu'un moyen technique. Seulement d'ordinaire, ce moyen vise des buts qui sont normalement étrangers aux règles techniques par lesquelles il se réalise. Il s'ensuit que lui-même se trouve subordonné à ce milieu technique vis-à-vis duquel il se présente comme *divergent* (cf. *supra*, N^{os} 480 et suivants, 546, 617 et suivants). La décision spéciale ordinaire efface cette divergence sur un point particulier, mais sans la supprimer dans tous les cas qu'elle ne prévoit pas. De sorte que la subrogation réelle se trouve insérée dans un milieu technique défavorable qui la cerne directement et au sein duquel elle se trouve isolée (ex.: l'art. 575, al. 2 du C. com., pour la subrogation dans le droit de propriété, cf. *supra*, N° 624, *in fine*). C'est ce contact direct avec la technique juridique générale et défavorable que supprime la décision spéciale intégrant la subrogation dans une institution. La subrogation est alors insérée dans une technique particulière qui s'intercale entre elle et la technique générale. Et c'est à cette technique particulière, institutionnelle, que la subrogation se trouve alors

---

serait pas marqué par cette spécialité matérielle. Mais, dans un milieu technique favorable, l'intégration de la subrogation dans une institution ne présenterait pas d'intérêt technique, du moment que de toute façon la subrogation pourrait jouer de plein droit dans toute la mesure où elle répondrait à un but désirable (cf. *supra*, N^{os} 590 et suivants). La notion d'institution n'interviendrait alors que pour fixer les aspects de ce but.

subordonnée. *La décision spéciale intégrant la subrogation dans une institution crée donc une subordination technique particulière.* Et cette technique particulière, institutionnelle, vise exactement les mêmes buts que la subrogation. A l'inadaptation foncière avec le milieu technique ambiant, se substitue ici une adaptation voulue et organisée. Les données mêmes qui précisent la position de la subrogation dans notre droit se trouvent donc modifiées d'une façon dont l'originalité ne saurait pas plus échapper que la portée pratique (cf. *infra,* N° 645).

Mais, bien entendu, la divergence fondamentale entre les buts et les moyens ne disparaît que dans la mesure même de l'intégration dans l'institution. Hors de cette technique institutionnelle, le désaccord avec la technique générale recouvre son empire. Ainsi, pour reprendre l'exemple du droit de préférence du créancier hypothécaire, la subrogation fait partie de l'institution de l'hypothèque, dont elle est même la pièce maîtresse, dans toute la mesure où elle assure l'exercice du droit de préférence, mais dans cette mesure seulement. Si elle répond à la technique institutionnelle tant qu'elle consiste à faire attribuer au créancier hypothécaire une somme d'argent représentant l'immeuble hypothéqué, il n'en va plus de même s'il s'agit de transporter le droit d'hypothèque, considéré dans sa phase conservatoire, sur un autre immeuble. Cette dernière subrogation est étrangère au droit de préférence et n'est aucunement intégrée à l'institution de l'hypothèque ; il n'entre pas dans le jeu normal de la sûreté de se transporter sur un autre immeuble ; une telle subrogation se trouve donc purement et simplement subordonnée à la spécialité matérielle du droit réel d'hypothèque qui, elle, relève de la technique générale. Cette limite revêt elle aussi une importance majeure dans l'interprétation de la subrogation institutionnelle (cf. *infra,* N^{os} 645 et 695, *in fine*).

2^{e} *POINT. — LE REGIME DE LA DECISION SPECIALE DE SUBROGATION*

626. — Le régime auquel est soumise la décision spéciale de subrogation dépend de la notion même de celle-ci. Il en traduit fidèlement les caractères et notamment l'autonomie par rapport à la décision de destination en valeur. La décision spéciale de subrogation obéit à un régime *propre* qui soulève plus particulièrement la question de savoir qui peut prendre la décision spéciale de subrogation, à quelles formes cette décision doit obéir, à quel moment elle doit intervenir, et enfin quels en sont les effets.

I. — QUI PEUT PRENDRE LA DECISION SPECIALE DE SUBROGATION

627. — Cette question de compétence se pose à l'égard du législateur et des particuliers. C'est sous ce double aspect qu'il convient de l'envisager.

A. — Le législateur

628. — Le principe de la compétence du législateur ne peut souffrir aucune difficulté. Les décisions législatives de subrogation sont nombreuses. Il convient même de remarquer que l'intégration de la subrogation dans une institution relève, en pratique, toujours du législateur, encore qu'il importe de se garder d'affirmer une répartition tranchée des compétences entre la loi et les particuliers, l'intégration législative de principe n'étant pas exclusive d'une manifestation de volonté privée ultérieure, dans chaque cas particulier, comme c'est le cas en matière de remploi, sous le régime de communauté (articles 1434 et 1435 du C. civ., cf. *supra*, N°s 359 et s.), ou d'hypothèque conventionnelle (les particuliers adhérant par cette convention à l'institution légale de l'hypothèque).

Les principaux cas de subrogation réelle prévus par la loi, devenus classiques, ont déjà fait l'objet d'énumérations qui peuvent donner une idée de l'importance de cette technique dans l'arsenal législatif (127).

Il suffira de relever ici le recours fréquent du législateur moderne à la subrogation réelle. Il existe une indéniable tendance à l'accroissement des cas de subrogation légale, qui atteste l'utilité de ce procédé et sa vitalité dans notre technique juridique. Loin de tomber en désuétude, la subrogation est de plus en plus fréquemment consacrée par la loi, pour assurer la conservation de certaines situations acquises. Cette tendance s'est surtout manifestée à une époque toute récente.

La matière des *dommages de guerre* en est devenue un des exemples les plus courants. Le recours à la subrogation réelle, déjà consacré par la loi du 11 avril 1919 (article 10), fit l'objet, dans la loi du 12 juillet 1941, d'une réglementation détaillée. L'article 12 de cette loi transportait, soit sur la créance d'indemnité de reconstitution, soit sur l'immeuble reconstruit, les différents droits réels qui grevaient l'immeuble sinistré. Cette réglementation est aujourd'hui remplacée par l'article 35 de la loi du 28 octobre 1946 qui prévoit, par une disposition générale, le report de plein droit des droits réels grevant le bien sinistré sur les biens reconstitués ou sur

(127) V. deux bonnes listes de ces cas dans Capitant, Rev. trim., 1919, p. 385 ; Beudant, IV, par P: Voirin, N° 44.

l'indemnité d'éviction. Faisant écho à ces textes de principe, certaines lois, particulières en cette même matière, n'omettent pas la subrogation réelle. Tel fut le cas de la loi du 28 octobre 1942 sur la reconstitution des entreprises industrielles, commerciales ou artisanales (article 41, al. 2 et 3), et de la loi du 28 juillet 1942, reportant sur les immeubles reconstruits les baux d'habitation ou commerciaux qui existaient relativement à l'immeuble détruit. Cette dernière loi a aujourd'hui cédé la place à celles du 1er septembre 1948 (article 70) pour les baux à usage d'habitation, et du 2 août 1949 pour les baux commerciaux (cf. *supra,* N°519, et *infra,* Nos 653 et 654). La subrogation réelle est donc devenue d'un usage constant dans les lois relatives aux dommages de guerre.

On peut en dire autant de celles qui concernent le *remembrement* de la propriété foncière. Déjà, les lois du 27 novembre 1918 (article 6) et du 4 mars 1919 avaient eu recours à la subrogation réelle à l'occasion des échanges, en vue du remembrement. La matière est aujourd'hui reprise par la loi du 9 mars 1941 (article 28) qui prévoit que les droits réels, autres que les servitudes nées du chef d'un propriétaire sur les parcelles cédées, s'exercent à leur rang antérieur sur les parcelles acquises après remboursement et, éventuellement, sur la soulte due à ce propriétaire (128). Si, de ce texte on rapproche la loi du 14 avril 1947 (articles 2 et 3) relative au remembrement amiable en vue de la reconstruction, on doit conclure que la subrogation est également devenue de tradition en matière de remembrement.

A ces exemples, qui ne sont que les plus importants et les plus typiques, il est facile d'en ajouter d'autres (129) qui attestent la faveur croissante que connaît la subrogation réelle dans la législation contemporaine. Le législateur a tendance à y recourir chaque fois que des fluctuations, ayant des répercussions sociales importantes, mettent en péril des situations acquises au profit de tiers autres que les propriétaires. La subrogation réelle se présente alors comme le moyen le plus propre à sauvegarder ces situations. Le législateur ne s'y est pas trompé et c'est à juste titre qu'il recourt à la subrogation réelle qui est ainsi en train de franchir une étape importante de sa pénétration dans notre technique juridique.

---

(128) Cf. Becqué, étude J.C.P. 1941. 1. 222 bis, Nos 50 et suivants.

(129) Cf. encore, par exemple, la loi du 18 juillet 1941 « instituant une procédure contradictoire pour la détermination de la valeur de l'immeuble cédé à l'Etat ou à l'Algérie, à la demande des créanciers qui ont des droits sur cet immeuble » ; l'ordonnance du 21 avril 1945 en matière de spoliations, art. 7, al. 4 à 9 (report des baux) ; cf. également les textes récents sur l'attribution de différentes indemnités aux créanciers bénéficiaires de sûretés réelles (*infra,* N° 687).

B. — Les particuliers

629. — La compétence des particuliers, pour décider spécialement la subrogation, soulève des questions juridiques générales plus importantes. Deux problèmes méritent à cet égard de retenir l'attention : celui du principe même de la compétence des particuliers et celui de la détermination des particuliers compétents.

1°) *Principe de la compétence des particuliers.*

630. — Il ne convient pas de retenir le rejet de cette compétence, auquel la conception de la subrogation fictive conduisait certains auteurs classiques (cf. *supra,* N° 19). La théorie classique, dans son ensemble, n'a jamais admis une telle conséquence de la fiction (cf. *ibid*). D'autre part, nous avons suffisamment fait justice de la méthode de raisonnement qui conduit à admettre la fiction, particulièrement en matière de subrogation réelle (cf. *supra,* N°s 543 et 550), pour ne pas attacher à cette notion des conséquences techniques positives (130).

La solution de ce problème de compétence, abordé objectivement, découle de l'analyse même de la notion de décision spéciale. Celle-ci consiste à établir sur le bien nouveau le droit qui existait sur le bien ancien (cf. *supra,* N° 622). Quelle partie de cette opération échapperait-elle à la compétence des particuliers ?

Si on considère la création d'un droit subjectif sur le bien nouveau, il est incontestable qu'il appartient aux particuliers d'y procéder. Les droits subjectifs, quels qu'ils soient, même ceux qui, comme les droits réels, sont énumérés et réglementés par la loi (131), tombent sous l'emprise des particuliers, en ce sens qu'il est au pouvoir des conventions privées de les transmettre et par conséquent de les faire naître sur tel ou tel bien. Aucune discussion n'est possible à cet égard.

La création sur le bien nouveau *du droit même* qui portait sur le bien ancien, ne saurait non plus être une source d'incompétence des particuliers. Sans doute, s'agit-il alors de consacrer la conception subjective de l'individualité des droits, c'est-à-dire d'établir sur le bien nouveau, à l'égard d'un même titulaire, le droit même, identifié par sa source, qui grevait le bien ancien (cf. *supra,* N°s 515 et suivants).

(130) Pour la même raison, nous ne nous attacherons pas à la théorie inverse, soutenue par Saleilles en 1894, liant la notion de fiction à l'incompétence des particuliers (cf. *supra,* N° 25). Dans cette conception, la question de compétence devrait se trancher d'abord et indépendamment sans tenir compte de la notion de fiction. Du reste, Saleilles lui-même a abandonné sa théorie en 1903 (cf. *ibid*). Il est donc sans intérêt d'y revenir.

(131) Cf. Ripert et Boulanger, I, N° 2606.

Mais cette conception subjective, pour être inhabituelle dans notre technique juridique, n'en est pas moins parfaitement viable en elle-même (cf. *supra,* N° 551, *in fine*). D'autre part, la règle positive n'interdit pas d'y recourir dans les cas où elle paraît avantageuse. La conception objective est simplement la plus courante, en ce sens qu'elle est presque toujours consacrée dans les différentes hypothèses; mais elle n'a aucune valeur de monopole, excluant, sur le plan normatif, toute adhésion à la conception subjective. Du reste, il arrive que la conception subjective apparaisse elle-même sous un jour habituel en certaines matières, comme celui du droit de préférence dans les sûretés réelles (cf. *supra,* N° 554). Les importances respectives des deux conceptions résultent simplement de la fréquence de leur consécration positive. Cette fréquence n'est jamais qu'un fait qu'on constate ; elle ne relève pas d'une règle générale positive prohibant l'une au profit de l'autre. Par conséquent, la conception subjective caractéristique de la subrogation réelle n'échappe pas à l'emprise des particuliers et à l'autonomie de la volonté. La conservation du droit ancien sur le bien nouveau, au profit d'un même titulaire, n'étant pas interdite, les particuliers doivent pouvoir y recourir. Et la spécialité matérielle du droit, ainsi subjectivement individualisé, ne saurait davantage constituer une source d'incompétence, dès lors précisément que ce droit est *spécialement* recréé sur le bien nouveau. Tout ce qu'interdit cette spécialité matérielle c'est que le droit en cause se trouve frapper un bien sur lequel il n'a pas été spécialement établi. Or, c'est précisément à cet établissement que procède la décision spéciale de subrogation. Le fait que le droit spécialement créé sur le bien nouveau soit celui que grevait le bien ancien est, à cet égard, sans importance. Ce fait ne concerne que la conception subjective envisagée dans sa généralité. Cette conception subjective n'étant pas interdite aux particuliers, il faut donc conclure à la compétence de ceux-ci pour prendre la décision spéciale de subrogation.

C'est ce que consacre, de façon constante, la jurisprudence. Les arrêts que nous avons précédemment présentés, tout en affirmant la nécessité d'une décision spéciale indépendante de l'affectation en valeur, reconnaissent expressément aux particuliers le pouvoir de prendre cette décision (cf. *supra,* N° 623).

631. — La compétence des particuliers étant ainsi reconnue dans son principe, il convient d'en rechercher *les limites.*

a) la première, à laquelle on est normalement porté à songer, résulte des rapports entre la décision de destination en valeur et la décision spéciale. Puisque, dans son contenu, la décision spéciale n'est, en définitive, qu'une réédition ri-

goureuse de la destination en valeur (cf. *supra,* N° 622), les particuliers peuvent-ils y recourir, si la décision de destination en valeur émane du législateur ? Les particuliers peuvent-ils transporter sur un bien nouveau, un droit qui, sur le bien ancien, avait été créé par le législateur ?

A cette question, nous avons vu que la théorie moderne a répondu par la négative (cf. *supra,* N° 471). Les auteurs modernes considèrent, en effet, que la subrogation qui se produit dans les obligations de restitution est une subrogation légale, car ces obligations puisent elles-mêmes leur source dans la loi. Les particuliers ne pourraient donc prendre de décision spéciale que dans le cadre d'une affectation car, pour les auteurs modernes, celle-ci est toujours contractuelle (cf. *supra,* N° 472). Toutefois, cette remarque ne revêt quelque portée que si on admet la nécessité éventuelle d'une décision spéciale dans le cadre d'une affectation, nécessité que la théorie moderne nie dans son principe même (cf. *supra,* N° 615).

En tout état de cause, le lien établi entre la destination en valeur légale et la décision spéciale de subrogation ne saurait être retenu. Outre qu'une répartition tranchée entre les compétences législative et privée est généralement arbitraire (cf. *supra,* N^{os} 473 et suivants), l'opinion des auteurs modernes repose, ici encore, sur la confusion fondamentale commise par eux entre les buts et la technique de la subrogation, entre la destination et la décision spéciale de subrogation. Or, l'indépendance de celle-ci par rapport à la décision de destination en valeur se marque très nettement sur le terrain de la compétence. A supposer même qu'un droit existe sur le bien ancien en vertu de la loi, au sens où l'entendent les auteurs modernes (il s'agit alors pour eux d'une obligation légale de restitution), on ne voit pas ce qui pourrait empêcher les particuliers de le transporter sur le bien nouveau, la création des droits subjectifs sur tel ou tel bien étant toujours au libre pouvoir des particuliers. Rien ne s'oppose à ce que les parties établissent, par convention, sur le bien nouveau, le droit de propriété qui existait sur le bien ancien. Tout l'arbitraire de la théorie moderne à cet égard (cf. *supra,* N° 475) éclate ici. Car en prévoyant la subrogation réelle dans la revendication, la convention privée ne fait, au fond, que rééditer sur le bien nouveau ce qu'elle a créé sur le bien ancien. Le fait que l'obligation de restitution, qui assortit la propriété une fois établie, soit légal (dans la mesure du reste que nous avons déjà précisée, *supra,* N° 475) est sans aucune influence sur la subrogation qui se borne à transporter sur le bien nouveau un droit que les parties étaient parfaitement habiles à créer sur le bien ancien. On ne voit pas, dès lors, ce qui empêcherait ces parties de l'établir sur

le bien nouveau. La subrogation conventionnelle est donc parfaitement concevable dans l'obligation, dite « légale », de restitution, c'est-à-dire dans l'exercice de la revendication. C'est précisément à propos des revendications consécutives aux révocations de libéralités avec charges et aux reprises auxquelles elles donnent parfois lieu, que la Cour de Cassation a, d'une façon constante de 1901 à 1925, subordonné le jeu de la subrogation réelle à une décision spéciale *conventionnelle* (cf. *supra,* N° 623).

Le régime de la compétence en matière de décision spéciale de subrogation souligne donc l'autonomie de celle-ci par rapport à la décision de destination en valeur (dans la mesure, toujours, où on admet le caractère légal de cette destination, c'est-à-dire de l'obligation de restitution).

b) Mais si cette autonomie marque la décision spéciale à l'égard de la destination en valeur, il ne saurait en aller de même à l'égard de la technique générale. La subordination de la subrogation réelle, à l'égard de cette technique, réagit logiquement sur la décision spéciale. Et cette subordination peut éventuellement engendrer une limite à la compétence privée.

Ainsi, la décision spéciale de subrogation doit normalement se trouver interdite aux particuliers, dans les matières qui, selon les principes généraux, échappent à la compétence des conventions privées.

Si, par exemple, on estime que l'article 747, al. 2 du C. civ., limite la subrogation, dans l'exercice du droit de retour légal, à la créance du prix, le donateur et le donataire ne pourraient, par une convention spéciale, étendre ce retour à l'échange et au remploi. Le droit de retour étant un droit successoral, c'est la prohibition des pactes sur successions futures qui fait ici échec à la décision spéciale conventionnelle. La subrogation réelle, en cette matière, ne peut puiser son titre que dans la loi. Une difficulté de cet ordre a été soulevée en doctrine à propos de la reprise, par les gratifiants ou leurs héritiers, de biens donnés ou légués à des congrégations dissoutes (cf. *infra,* N° 661). Si on admet que les règles régissant la dissolution des congrégations sont d'ordre public, une convention conclue entre les parties ne pourrait stipuler la subrogation (132).

Pour des raisons analogues, il ne semble pas possible de permettre aux particuliers de décider la subrogation réelle d'un immeuble à un autre dans l'assiette de l'hypothèque. Cette subrogation contredirait l'organisation légale des hypo-

(132) Ce caractère d'ordre public a, du reste, été contesté par Demogue, S. 1924. 1. 337, et la Cour de Cassation, dans ses arrêts des 1er août 1910, 10 mars 1920, 10 janvier 1923 et 23 mars 1925, a admis la validité des conventions de subrogation (cf. *supra,* note 121).

thèques, dans la mesure où elle consisterait, en effet, à reconnaître au créancier, sur le bien nouveau, le rang qu'il avait sur le bien ancien, autrement dit, à attribuer à l'inscription sur le bien nouveau un effet qui paraît contraire à une réglementation légale stricte, selon laquelle chaque inscription confère sur un immeuble, matériellement déterminé, le rang qui correspond à sa date (132 bis). La loi seule peut déroger à ce principe.

Dans le même esprit, enfin, il faut rappeler que les décisions spéciales, intégrant la subrogation dans une institution, sont pratiquement toujours des décisions législatives. Les particuliers ne peuvent alors commander le jeu de la subrogation que dans la mesure où le législateur leur en laisse l'initiative et où il n'a pas attiré toute la matière dans sa compétence. Ainsi, pour reprendre l'exemple de l'hypothèque, si on estime que, selon la loi, le droit de préférence ne doit pas porter sur les créances d'indemnité, il ne semble pas que les parties puissent lui conférer cette étendue par une convention directe. Il appartient aux particuliers d'adhérer à l'institution d'hypothèque. Mais cette institution dépend de la loi seule. C'est dans l'analyse de la loi qu'il convient d'en chercher les limites (rappr. *infra,* N^{os} 690 et suivants).

Des limites à la compétence des particuliers peuvent donc surgir. Mais il importe de remarquer, qu'en de telles hypothèses, ces limites ne tiennent pas à la nature de la subrogation réelle et de la décision spéciale ; elles résultent de principes généraux *extérieurs à la subrogation.* La subrogation échappe alors aux conventions privées, comme toute la matière dans laquelle elle s'accomplit. Cette limite n'est donc qu'une autre expression de la subordination de la subrogation réelle à la technique juridique générale. Il suffit ici d'en rappeler le principe et de reconnaître du même coup qu'une telle limite est de faible importance. Elle est d'autant plus réduite que l'empire de l'autonomie de la volonté est plus vaste. C'est-à-dire que le principe de la compétence des particuliers pour décider spécialement la subrogation a finalement une portée très étendue.

2°) *Détermination des particuliers compétents.*

632 .— Pour déterminer sur le plan théorique quels sont les particuliers compétents, il convient de se reporter au mé-

---

(132 bis) Cf. *infra,* N^{os} 710 et suivants. Cette question ne concerne que le report de l'hypothèque sur un nouvel immeuble. Lorsque le bien nouveau est une créance, par exemple une indemnité, il s'agit de l'exercice du droit de préférence et la subrogation doit alors s'accomplir de plein droit selon les principes législatifs eux-mêmes (cf. *infra,* N^{os} 690 et suivants).

canisme de la subrogation. Nous avons vu que ce mécanisme supposait la distinction fondamentale de deux rapports de droit (cf. *supra*, N^os^ 67 et suivants). Seul, le rapport principal est le siège de la conservation du droit qui réalise toute la subrogation. Par conséquent, il est logique et normal que les particuliers compétents soient les parties, ou leurs ayants cause, qui ont créé le droit à conserver, c'est-à-dire *les parties au rapport principal de la subrogation.*

Le droit positif permet d'apprécier l'exactitude de ce principe dans son application.

633. — C'est encore la jurisprudence sur la révocation des libéralités (cf. *supra*, N° 623) qui permet d'analyser le comportement positif de la décision spéciale de subrogation conventionnelle. La subrogation réelle discutée dans ces espèces était invoquée dans l'exercice de la *revendication* du bien donné ou légué, par le gratifiant ou ses héritiers. Cette revendication était la conséquence soit de la révocation de la libéralité pour inexécution des charges sur la base de l'article 954 du C. civ. (133), soit de l'une des reprises prévues par les lois du 24 mai 1825 (article 7) ou du 7 juillet 1904 (article 5), sur la dissolution des congrégations de femmes ou des congrégations enseignantes (134), ou encore par la loi du 9 décembre 1905 (article 9, modifié par la loi du 13 avril 1908) sur la séparation des Eglises et de l'Etat, supprimant les établissements publics culturels (135). Cette situation faisait intervenir trois catégories de personnes : a) le gratifiant ou ses héritiers revendiquants ; b) le donataire (une commune, une congrégation ou un établissement culturel dissous) ; c) éventuellement, le bénéficiaire de la charge en cas de révocation pour inexécution des charges. Il convient de rechercher dans quelle mesure le consentement de chacune de ces personnes à la décision spéciale de subrogation a été requis par la Cour de Cassation, et d'examiner le bien-fondé théorique de cette exigence.

La Cour Suprême n'a évidemment posé, à cet égard, aucune règle générale dogmatique. Elle s'est bornée à affirmer la nécessité d'une décision « des parties » ou de la « volonté de tous les intéressés » pour faire jouer la subrogation. Mais, dans chaque espèce, elle a été amenée à analyser, séparément et plus ou moins minutieusement, chacun de ces consentements. C'est cette analyse qui fournit, réserve faite

---

(133) Cf. Dijon, 30 juin 1893, S. 1894. 2. 185, D. 1902. 1. 34, sous-note a. ; Civ. 29 avril 1901, D. 1902, 1. 33, S. 1903. 1. 33.

(134) Cf. Civ. 1^er^ août 1910, S. 1913. 1. 361 ; Req. 10 janvier 1923, S. 1924. 1. 341 (2^e^ arrêt rapporté).

(135) Civ. 10 mars 1901, S. 1923. 1. 305 ; Civ. 23 mars 1925, D.H. 1925. 308.

d'une certaine souplesse toujours de mise dans l'élaboration des règles jurisprudentielles, forcément influencées par les circonstances propres à chaque espèce, les éléments d'une construction cohérente.

634 — a) *Le consentement du gratifiant ou de ses héritiers* est expressément requis et constaté par la quasi-totalité des arrêts (136).

Seul, l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 10 janvier 1923, ne fait aucune mention de ce consentement et ne relève expressément aucune constatation particulière d'où il pourrait résulter. Aussi, les auteurs n'ont-ils vu dans cette espèce, que la volonté du donataire (une congrégation), ce qui les a conduits à admettre, ou une décision spéciale unilatérale, ou la volonté du donateur tirée de son silence (137). En réalité, un examen attentif de l'arrêt ne permet pas d'admettre que la Cour de Cassation ait pu ne pas tenir compte de la volonté, sinon du donateur lui-même, du moins de ses héritiers. En effet, le pourvoi dans son second moyen reprochait précisément à l'arrêt attaqué d'avoir admis la subrogation « sans constater qu'une telle subrogation ait jamais été voulue *par la donatrice* ». Et l'arrêt de la Cour de Cassation reproduit textuellement ce reproche qu'il n'a donc pu ignorer. Sans doute y répond-il par la *seule* analyse de la volonté de la congrégation donataire, volonté émise lors de l'aliénation des rentes données et autorisées par le Gouvernement, de subroger auxdites rentes l'immeuble acquis en remploi. Mais de ces constatations, l'arrêt conclut que « par la volonté *des parties,* les immeubles et les constructions et réfections (le concernant) étaient subrogés réellement aux titres de rente ». Or, de quelles *parties* peut-il s'agir, en dehors de la congrégation donataire ? Il ne peut être question du Gouvernement ayant autorisé l'aliénation sous condition de remploi. Cette autorisation ne représente pas un consentement distinct, mais une simple condition d'efficacité de la volonté de la congrégation. Il ne peut s'agir non plus du bénéficiaire d'une charge, puisque la libéralité en cause n'en comportait aucune. La volonté de la donatrice elle-même, enfin, ne peut évidemment être en cause, puisque le pourvoi en constatait formellement l'absence ; et l'arrêt n'a pas nié ce point. Il s'est

---

(136) Cf. Dijon, 30 juin 1893, Civ. 29 avril 1901, qui ont spécialement recherché et analysé ce consentement pour admettre la subrogation ; Civ. 1er août 1910, 10 mars 1920, 23 mars 1925, qui ont refusé la subrogation en l'absence de ce consentement, soit dans la donation, soit dans un acte postérieur.

(137) Cf. Demogue, note S. 1924. 1. 337 ; v. aussi Beudant, IV, par P. Voirin (N° 45, p. 41) qui déclare que cet arrêt a admis la subrogation « dans une affaire où les circonstances de fait ne révélaient aucunement que l'intention *des parties* avait été de la prévoir ».

borné à constater que la donation avait été faite sous le régime de la loi de 1817 qui subordonnait l'aliénation par la congrégation à l'autorisation gouvernementale et, qu'en fait, l'autorisation avait été accordée sous condition de remploi. Il n'est certes pas possible de tirer raisonnablement de ces constatations un accord de la donatrice audit remploi. Au surplus, cet accord au moment du remploi aurait été superflu, car il ne s'agissait pas d'une donation avec charge. En réalité, les seules parties autres que la congrégation, étaient, en cette espèce, *les héritiers* de la donatrice. Il faut donc admettre, sous peine de dénier tout sens aux motifs de l'arrêt, que la Cour Suprême a fait jouer ici la subrogation par suite de la volonté *commune* de la donataire et des héritiers de la donatrice. Il reste seulement à conclure que cette volonté n'a été relevée ni dans la donation, ni au moment de la fluctuation (comme le remarquait le pourvoi) ; elle a été simplement déduite *de la revendication elle-même* dirigée par les héritiers de la donatrice sur le bien de remploi. Sans doute, cette solution marque-t-elle un assouplissement extrême et fort critiquable de la décision spéciale. Mais il concerne plus le *moment* du consentement (cf. *infra*, N° 642) que son *principe* dont il faut bien admettre le respect, ici comme dans toutes les autres espèces.

Ce principe, ainsi fermement posé par la jurisprudence, a du reste été contesté par Saleilles (138). Cet auteur se demande où la jurisprudence puise l'exigence d'un consentement autre que celui du propriétaire du bien aliéné, pour opérer la subrogation. La loi, remarque Saleilles, donne l'exemple du contraire. Ainsi, les articles 1434 et 1435 ne requièrent, pour que le remploi s'accomplisse dans les propres de communauté, que la volonté des époux, même si le bien aliéné avait été donné à l'un d'eux. La volonté du donateur n'est aucunement requise. Il devrait en aller de même en toute matière et notamment à propos de la subrogation dans les biens donnés avec charges.

Cette opinion de Saleilles méconnaît le mécanisme de la subrogation réelle ; le consentement du propriétaire est requis dans les hypothèses envisagées par Saleilles, parce que ce propriétaire est l'un des sujets du droit conservé, c'est-à-dire l'une des parties au rapport principal de la subrogation. L'exemple de l'article 1434 est certainement mauvais, car la volonté du mari ne constitue pas alors, au fond, une véritable décision spéciale, mais un mode de preuve (cf. *supra*, N^{os} 368 et suivants). Mais, même en négligeant cette observation, pourtant capitale, il faut remarquer que chacun des époux est partie au rapport principal de la subrogation réelle dans

(138) Saleilles, note S. 1903. 1. 321.

les propres communauté (cf. *supra*, N° 67, *in fine*). Le donateur, dans le cas où le bien ancien avait été donné à l'un des époux, y est au contraire étranger. Dans l'exercice de la reprise, par exemple, la qualité de propre du bien réclamé est invoquée par l'époux titulaire du droit dans lequel joue la la subrogation. C'est son droit propre que la subrogation transporte d'un bien sur un autre et non celui du donateur, qui demeure hors du débat, dès lors que la donation n'est pas révoquée. Il serait donc normal, en faisant abstraction des règles particulières du régime de communauté (cf. *infra*, N° 678), que la volonté de cet époux fût requise, à l'exclusion de celle du donateur. Et c'est exactement pour la même raison que l'exigence jurisprudentielle de la volonté du gratifiant, dans les espèces annotées par Saleilles, se trouve parfaitement justifiée. La subrogation réelle, dans la revendication consécutive à la révocation de la libéralité, consiste à rien d'autre qu'à reporter sur un bien nouveau le droit de propriété *du gratifiant*. Il est normal que la volonté du gratifiant, qui avait contribué à créer ce droit sur le bien ancien, qui l'avait supprimé sur ce bien par le fait de la libéralité, mais sous la condition résolutoire de la révocation de cette libéralité, soit requise pour transporter ce même droit sur un autre bien. Il faut voir là une application pure et simple des règles générales de l'autonomie de la volonté, qui justifie le principe même de la compétence des particuliers en matière de décision spéciale de subrogation (cf. *supra*, n° 630). C'est donc à juste titre que la jurisprudence exige le consentement du gratifiant pour faire jouer la subrogation. Loin de contredire les règles générales, la Cour de Cassation s'y conforme au contraire. Si la solution est différente dans son résultat de celle signalée par Saleilles sous le régime de communauté, c'est tout simplement que les situations ne sont pas les mêmes. Et, si l'on considère que le droit de propriété du gratifiant revendiquant constitue l'armature du rapport principal de la subrogation, c'est-à-dire le droit même conservé par la subrogation réelle, il faut voir, dans les deux cas, une application d'un principe commun et parfaitement logique : c'est celui qui est partie au rapport principal de la subrogation qui doit donner son consentement à la décision spéciale.

Quant au consentement des héritiers du gratifiant, il se justifie lorsque celui-ci n'avait pas consenti de son vivant. Les héritiers, continuateurs de sa personne, sont alors directement intéressés et parties en cause ; ils sont donc compétents pour intervenir de leur chef à la décision spéciale (139).

---

(139) Cf. Civ. 29 avril 1901 ; Req. 10 janvier 1923, sous le bénéfice des observations formulées au texte.

635 — b) *Le consentement du gratifié ou de ses héritiers* se trouve justifié par le même principe qui reconnaît la compétence du gratifiant ; le gratifié, en effet, est également partie au rapport principal de la subrogation puisque c'est contre lui que s'exerce la revendication. Il se trouve, à cet égard, exactement dans la même situation qu'un prossesseur (comp. *supra,* N° 67), à partir du moment où il perd le droit de propriété que la libéralité lui avait reconnu.

Il suffit de se reporter aux arrêts déjà cités (*supra,* notes 133, 134 et 135), pour constater qu'ils exigent tous, le consentement du gratifié. Lorsque celui-ci ne peut être induit de la simple acceptation de la libéralité contenant le consentement du gratifiant, il faut qu'il intervienne spécialement en dehors de cette acceptation (140). Cette exigence se conçoit d'autant mieux, à l'égard de la revendication du gratifiant, que la subrogation réelle va finalement attribuer à celui-ci un bien acquis par le gratifié.

Il faut, enfin, remarquer que le consentement des héritiers du gratifié, dans le cas où celui-ci ne l'aurait pas donné, est tout aussi justifié que celui des héritiers du gratifiant et pour les mêmes raisons (cf. *supra,* N° 634, *in fine*). Il faut donc admettre le principe sur le plan général. La jurisprudence n'a pas eu l'occasion de consacrer ce point particulier, car dans les espèces qui lui furent soumises, les gratifiés étant, selon les cas, une commune, une congrégation ou un établissement culturel, la question ne s'est pas posée.

636 — c) *Le consentement du bénéficiaire de la charge,* lorsque la libéralité en comporte une et si ledit bénéficiaire est un tiers, n'a, en revanche, pas à intervenir pour décider la subrogation dans la revendication consécutive à la révocation de la libéralité pour inexécution de la charge. Ce qui intéresse le bénéficiaire, c'est l'exécution même de la charge (et nous savons que dans ce domaine aucun obstacle ne s'oppose au jeu de la subrogation sans décision spéciale (cf. *supra,* N° 610). A partir de l'instant où l'inexécution de la charge est un fait acquis, la révocation de la libéralité (et la revendication qui s'ensuit) n'est que l'une des sanctions possibles. Or, cette sanction n'intéresse pas le bénéficiaire. La reprise de l'émolument de la libéralité intervenant précisément dans la mesure où cet émolument a cessé d'être affecté au bénéficiaire, est une affaire entre le gratifiant et le gratifié. Par conséquent, le bénéficiaire est un étranger au rapport principal de la subrogation réelle dans la revendication du gratifiant. Il n'a donc pas à consentir à la décision spéciale prévoyant cette subrogation.

---

(140) Cf. notamment Dijon, 30 juin 1893.

Aussi, est-ce à juste titre que l'arrêt de la Cour de Dijon du 30 juin 1893 a très minutieusement relevé les consentements du testateur et du légataire, mais n'a fait aucune mention de celui du bénéficiaire de la charge (une congrégation d'institutrices dirigeant l'école fondée dans l'immeuble légué). Il est vrai que dans une espèce analogue, la Cour de Cassation, par son arrêt du 29 avril 1901, a constaté la volonté du bénéficiaire de la charge (l'Institut des frères de la Doctrine chrétienne également directeurs de l'école fondée dans l'immeuble donné). Il faudrait toutefois se garder de tirer de cette constatation des conclusions excessives. La différence qui oppose l'analyse minutieuse du consentement de l'Administration donataire et des héritiers du donateur, à la simple mention incidente de la participation du bénéficiaire à la convention, ne saurait à cet égard échapper. La Cour de Cassation a eu à examiner un acte de subrogation, intervenu au moment de la fluctuation ; et, à cet acte, le bénéficiaire avait figuré, parce qu'il s'agissait de l'exécution de la charge (sur ce dernier point, cf. *infra,* N° 644). Les juges ont relevé ce consentement, parce qu'il existait effectivement. Il ne convient pas d'attribuer à ce fait une importance excessive, dès lors surtout, que l'arrêt a lui-même réduit cette importance au minimum dans ses constatations, qu'il ne paraît y avoir attaché aucune conséquence positive et qu'enfin, la distinction entre la subrogation dans la révocation de la libéralité et celle dans l'exécution de la charge n'a pas été nettement établie (cf. *infra,* N° 660). Le silence absolu de la Cour de Dijon en 1893 est, à cet égard, beaucoup plus significatif que la mention incidente de la Cour de Cassation en 1901.

En tout état de cause, si la Cour Suprême avait, malgré les apparences, attaché quelque importance au consentement du bénéficiaire de la charge, il faudrait reconnaître le caractère superflu et déplacé de cette solution et admettre comme seul bien-fondé l'arrêt de la Cour de Dijon du 30 juin 1893.

637. — On ne saurait, en définitive, manquer d'être frappé par la cohérence de la jurisprudence dans la détermination des particuliers compétents pour prendre la décision spéciale de subrogation. La conclusion logique se trouve, ainsi, éloquemment confirmée par le droit positif : *sont compétentes, pour prendre la décision spéciale, les parties au rapport principal de la subrogation.* L'incidente de l'arrêt du 29 avril 1901 ne peut obscurcir cette conclusion.

II. — FORMES DE LA DECISION SPECIALE DE SUBROGATION

638 — La détermination de la forme que doit revêtir la

décision spéciale concerne plus précisément les décisions émanant des particuliers. Les particuliers compétents étant les parties au rapport principal de la subrogation réelle, la décision spéciale résulte d'un accord entre ces parties. Ce principe a été très fermement posé par la jurisprudence qui ne s'est jamais contentée du consentement d'une seule des parties (141) et qui a expressément parlé de « convention de subrogation » (142). Cette règle n'est que l'application de l'impuissance des manifestations unilatérales de volonté à créer des droits. Il faut donc lui reconnaître une portée générale. La décision spéciale crée sur le bien nouveau le droit qui existait sur l'ancien (cf. *supra,* N°s 622 et suivants) ; il est normal que cette création obéisse aux règles générales régissant la naissance des droits, notamment la naissance du droit conservé sur le bien ancien.

Et cette convention de subrogation ne saurait être soumise à aucune forme particulière. Le principe général du consensualisme doit lui être normalement appliqué. Seules, certaines conventions limitativement énumérées par la loi sont astreintes au formalisme (143). La convention de subrogation n'est certainement pas du nombre : il faut donc la soumettre au droit commun qui n'exige aucune forme solennelle (144).

Ce principe posé, il faut du reste noter que les consentements qui constituent la convention de subrogation peuvent fort bien se trouver *contenus* dans l'un des actes solennels prévus par la loi. Ainsi, l'un des consentements peut résulter d'une donation ou d'un testament et l'autre consentement de l'acceptation du don ou du legs. Mais il est essentiel de remarquer que ce formalisme ne vise pas alors la convention de subrogation elle-même, mais les actes qui la contiennent par accident. L'arrêt de la Cour de Dijon du 30 juin 1893 a eu l'occasion de faire ressortir ce principe en toute évidence. La volonté d'un testateur ayant été expressément interprétée comme prévoyant la subrogation d'autres biens au bien légué, il n'en fut pas de même de l'intention du légataire manifestée dans l'acceptation du legs. Aussi, les juges ont-ils exigé de la part du légataire une intention certaine postérieure, visant spécialement la subrogation réelle et indépendante *de l'acceptation du legs,* marquant ainsi la distinction de la convention de subrogation et des règles de la transmission

---

(141) Cf. les six arrêts cités *supra,* notes 133, 134 et 135.

(142) Cf. Civ. 29 avril 1901.

(143) Cf. Planiol, II, N°s 922 et suivants.

(144) Il faut naturellement réserver les règles générales de *preuve* qui s'appliquent, elles aussi, à la convention de subrogation (cf. art. 1315 et suivants du Code civil).

testamentaire proprement dite. La même solution devrait s'appliquer exactement en cas de donation. Si l'acceptation solennelle de la donation ne pouvait être considérée comme ayant porté sur la subrogation prévue par le donateur, une autre acceptation *de la subrogation,* indépendante de l'acceptation *de la donation* et soumise, elle, à aucune forme, devait intervenir. Et, dans le même esprit, il faut conclure que la donation ou le testament ne concernent eux-mêmes la subrogation que dans la mesure où le donateur, ou le testateur, la prévoit de façon certaine. Le fait que le consentement de celui-ci se trouve alors *accompagné* des formes de la donation ou du testament est purement fortuit. La preuve en est que si ce consentement ne pouvait se déduire de la libéralité, il serait recherché ailleurs et postérieurement ; et il ne serait alors soumis à aucune forme. C'est exactement la solution à laquelle se sont rangés les arrêts de la Cour de Cassation du 21 avril 1901 et du 10 janvier 1903 (cf. *supra,* notes 133 et 134).

Ces solutions positives se justifient parfaitement. Il n'existe naturellement aucun obstacle à ce que la convention de subrogation voie ses éléments essentiels éventuellement contenus dans une donation ou un testament et dans les acceptations de ces libéralités. Mais il n'en est pas moins vrai que la subrogation n'entre pas dans l'objet normal de ces actes qui, selon le droit commun, motive précisément le formalisme. La subrogation ne concerne pas la *transmission gratuite* soit entre vifs, soit testamentaire. Elle suppose cette transmission acquise et y *ajoute* un aménagement *ultérieur.* Il est donc normal qu'elle échappe au formalisme de ces actes qui se trouvent fortuitement la contenir.

Ces raisons mêmes montrent que la subrogation réelle peut exceptionnellement exiger elle-même la prévision de certaines formes. Il en est ainsi chaque fois qu'elle entre dans l'objet même de l'acte soumis au formalisme. Celui-ci, alors, ne se borne pas à contenir le consentement à une convention indépendante. Il porte par lui-même sur la subrogation. Ainsi, les conventions qui modifient le jeu de la subrogation sous les régimes matrimoniaux doivent être contenues dans le contrat de mariage et soumises à ses formes. Telles sont les clauses d'emploi et de remploi. La subrogation réelle fait partie du fonctionnement du régime matrimonial et elle entre à ce titre dans l'objet du contrat de mariage.

Toutes ces conclusions découlent normalement de l'analyse des situations où la subrogation intervient et ne font que marquer à quel point la subrogation se trouve subordonnée aux règles de droit commun dans lesquelles elle s'imbrique littéralement ; c'est, finalement, dans la mesure ou ces règles de droit commun excluent le formalisme que la décision spéciale de subrogation est affranchie de celui-ci.

639. — Le premier aspect de la question du formalisme conduit naturellement à un second : *la décision spéciale de subrogation doit-elle être expresse ou peut-elle être tacite ?*

Cette question ne se pose guère à l'égard des décisions spéciales intégrant la subrogation dans une institution déterminée. De telles décisions émanent toujours, en pratique, d'un texte législatif exprès. La difficulté qui surgit alors consiste à savoir si cette prévision expresse est une décision ordinaire ou intègre la subrogation dans une institution. Elle doit se résoudre par la recherche des éléments essentiels que nous avons analysés (cf. *supra,* N^os^ 624 et suivants). Mais la prévision même de la subrogation, elle, est expresse.

Cette constatation n'a toutefois qu'une portée purement pratique. Sur le plan théorique et général, la question se pose dans les mêmes termes pour toutes les décisions spéciales législatives. Elles doivent obéir aux règles qui concernent la recherche de la volonté du législateur. Ces règles sont générales ; et elles ne permettent pas de conclure à l'exigence d'une décision expresse. La décision spéciale législative peut être tacite dans la même mesure que toute disposition émanant du législateur. Aucune exégèse particulière ne saurait résulter de la notion même de décision spéciale de subrogation.

Une réponse générale du même ordre s'impose à l'égard des décisions spéciales émanant des particuliers. Aucun principe ne conduit, ici encore, à l'exigence d'une convention ou d'un acte exprès. Ce qu'il convient de rechercher c'est la volonté réelle et effective des parties, selon le droit commun. L'arrêt de la Cour de Dijon du 30 juin 1893 fournit un exemple très net de ces principes en déduisant une prévision de subrogation d'un testament qui ne comportait aucune stipulation expresse en ce sens.

Ces conclusions, qui concernent aussi bien la décision conventionnelle que la décision législative, ne sont au fond que l'expression du principe général qui se manifeste sans cesse, subordonnant la subrogation réelle à une technique générale (cf. *supra,* N^os^ 480 et suivants et 560) non formaliste.

Mais ce principe posé au point de vue de la forme, il importe de le corriger aussitôt par une observation qui touche le fond. Si l'on doit admettre que la décision spéciale peut se présumer, encore faut-il être certain que la volonté compétente *a effectivement et spécialement prévu la subrogation elle-même.* Toute la raison d'être et toute la notion de décision spéciale tiennent dans cette exigence. Et c'est ce qui distingue la décision spéciale de la décision de destination en valeur (cf. *supra,* N^os^ 468 et suivants, 617 et suivants). La subrogation réelle ne doit pas être seulement dans la

logique *objective* (sociale, économique, morale, etc...) de la décision spéciale ; elle doit entrer dans la *psychologie* de cette décision, c'est-à-dire dans les prévisions effectives et certaines des parties. C'est seulement à cette condition que la subrogation réelle peut trouver dans la décision spéciale le support technique qu'elle ne peut puiser dans ses buts et dont elle a besoin pour se réaliser, lorsque le droit à conserver est attaché à l'individualité matérielle de son objet. Puisqu'il faut établir sur le bien nouveau un droit qui exige, par sa structure même, d'être *spécialement* créé sur tout bien sur lequel il porte, il est nécessaire que la volonté des parties procède à cette création précise. Ce principe, qui puise sa justification dans l'analyse intime du mécanisme de la subrogation réelle, doit être posé avec rigueur. Aussi faut-il approuver la jurisprudence qui le consacre d'une façon constante (cf. *supra,* notes 133, 134 et 135). Tous les arrêts ont recherché *minutieusement* l'intention des parties de prévoir la subrogation *elle-même*. L'arrêt de la Cour de Dijon du 30 juin 1893 est peut-être encore, à cet égard, le plus caractéristique, puisqu'après avoir expressément constaté l'intention tacite du testateur de subroger au bien légué les biens acquis en remploi, il n'a pas interprété dans le même sens l'acceptation formelle du legs par le légataire et a recherché, dans des circonstances et des actes postérieurs, le consentement évident du légataire à cette subrogation (145).

Sans doute, cette exigence peut-elle paraître astreignante et restrictive. Mais elle répond à la position de la subrogation dans notre droit et aux nécessités de respecter un minimum de sécurité par la stabilité technique, auxquelles la décision spéciale a précisément pour mission de satisfaire (cf. *supra,* N°s 618, 619, 620 et suivants).

III. — MOMENT DE LA DECISION SPECIALE DE SUBROGATION

640. — La décision spéciale peut d'abord intervenir *avant la fluctuation*. Tel est toujours le cas des décisions spéciales législatives. Tel est aussi fréquemment le cas des décisions conventionnelles. L'arrêt de la Cour de Cassation

---

(145) Sans doute convient-il de remarquer que la décision, intégrant la subrogation dans une institution, n'a pas prévu effectivement la subrogation dans tous les cas où elle doit jouer dans les cadres mêmes de cette institution. Mais il s'agit là d'une *extension* limitée des *effets* de la décision spéciale d'intégration (cf. *infra,* N° 645). Il reste que la *prévision* même de cette subrogation sur un ou plusieurs points doit être certaine comme pour toutes les décisions spéciales.

du 29 avril 1901 en offre un exemple. Les clauses d'emploi et de remploi insérées dans les contrats de mariage en fournissent un autre ; et il faut même remarquer que, dans ce dernier cas, la décision spéciale ne peut intervenir qu'à l'avance, puisqu'après le mariage elle se heurte à l'immutabilité du régime matrimonal.

Une question peut se poser à l'égard de la décision conventionnelle ainsi prise à l'avance : le fait que le bien nouveau constitue, avant la fluctuation, un bien à venir pour son propriétaire, ne fait-il pas obstacle à une prévision conventionnelle de la subrogation ? Sur le plan général, la réponse négative paraît s'imposer, car la prohibition de statuer sur les biens à venir ne concerne que certains actes particuliers. Il convient alors seulement de se demander, à l'égard de cet acte, si elle intéresse la subrogation réelle. Ainsi, en matière d'hypothèques, l'interdiction de grever les biens à venir ne saurait intervenir, car la décision spéciale conventionnelle de subrogation, satisferait-elle, alors, à l'exception résultant de l'article 2131 du C. civ. (146), paraît de toute façon pratiquement impossible, quel que soit le moment auquel elle intervient, pour les raisons que nous avons déjà relevées (cf. *supra,* N° 631). Ainsi encore, en matière de donations, la nullité des donations de biens à venir se justifie par la règle de l'irrévocabilité (147). Or, on ne voit pas comment une subrogation réelle prévue par une donation pourrait porter atteinte à l'irrévocabilité. Seul le bien ancien est l'objet de la donation et, à ce moment, c'est un bien présent. Le bien nouveau, qui certes peut être à venir, est acquis par le *donataire* et ne saurait donc se confondre avec le bien donné. Quant au phénomène de remplacement, il perpétue le régime issu de la donation au lieu de le révoquer. Le fait est évident lorsque la subrogation concerne l'exécution d'une charge. Le bien nouveau est affecté à la charge comme l'ancien, ce qui est tout le contraire d'une révocation. Et lorsque la subrogation intervient dans l'exercice de la révocation ou d'une reprise (cf. *supra,* N° 633), on se trouve précisément dans une hypothèse où la donation cesse d'avoir effet, pour des raisons étrangères à la subrogation, celle-ci n'intervenant que dans le règlement des conséquences de la révocation. Aussi, l'interdiction de statuer sur les biens à à venir est-elle ici également hors de question.

641. — La décision spéciale peut encore être prise *au moment même de la fluctuation.* Les espèces qui ont fait

---

(146) Cf. Planiol, II, N°s 2790 et suivants.

(147) Cf. Planiol, III, N° 2601 ; Ripert et Boulanger, III, N° 3568.

l'objet des arrêts que nous avons déjà amplement examinés (cf. *supra,* notes 133, 134 et 135) en fournissent de nombreux exemples. L'arrêt de la Cour de Cassation du 29 avril 1901 s'est appuyé, pour admettre la subrogation, sur une convention à laquelle toutes les parties étaient intervenues au moment même du remploi. Cette solution n'attire, à cet égard, aucune remarque.

642. — Enfin, il est possible que la décision spéciale stipule la subrogation réelle *après la fluctuation.* Seule, ici encore, une décision conventionnelle est pratiquement concevable. Sans doute, peut-on remarquer, les lois sur la réparation des dommages de guerre (cf. *supra,* N° 628) prévoient-elles la subrogation réelle, la destruction du bien une fois consommée. Mais cette destruction ne représente que le premier terme de la fluctuation (cf. *supra,* N° 90). Le second réside dans l'acquisition du bien de remplacement (créance d'indemnité, bien de remploi). Or, les décisions spéciales de subrogation contenues dans ces lois interviennent avant cette acquisition, donc avant que la fluctuation soit entièrement réalisée. Les seules décisions spéciales qui soient vraiment postérieures à cette réalisation sont des décisions conventionnelles.

Rien ne s'oppose à de telles conventions. Il suffit, en effet, que le report du droit ancien sur le bien nouveau soit effectué au moment de l'exercice de ce droit, pour que la subrogation réelle puisse jouer normalement. Il faut seulement remarquer que de telles conventions sont pratiquement assez rares. L'arrêt de la Chambre des Requêtes, que nous avons déjà analysé à d'autres égards (cf. *supra,* N° 634), en fournit un exemple : la volonté du revendiquant de subroger un bien nouveau au bien ancien a été déduite de l'exercice même de la revendication, donc à un moment nettement postérieur à la fluctuation. Mais, ce moment particulier appelle de vives critiques.

Si, en effet, le principe d'une convention postérieure à la fluctuation ne souffre pas d'objection, il est un moment qui ne saurait être admis : c'est celui du procès. La jurisprudence paraît bien avoir adopté, à cet égard, une solution contraire. Nous avons vu que l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 10 janvier 1923 (cf. *ibid*) doit être considéré comme ayant admis la subrogation, dans la reprise exercée sur la base des lois du 24 mai 1825 et du 7 juillet 1904 sur les biens donnés à une congrégation, en vertu d'un accord entre la congrégation et les *héritiers* de la donatrice. Or, le consentement de ces héritiers n'avait jamais été relevé auparavant et l'arrêt n'en fait aucune mention particulière. Mais

comme les héritiers peuvent seuls être compris dans « les parties » dont la volonté a été requise, il faut conclure que leur consentement résulte de la subrogation par eux invoquée dans l'exercice même de leur revendication et *par le seul fait que cette action visait le bien de remplacement.* Une telle solution ne peut être approuvée. Il est, en effet, inadmissible que l'intention manifestée en intentant une action en justice vaille consentement à un acte juridique sur lequel est précisément fondée cette action ! Au moment d'agir en justice, le demandeur ne suit que son intérêt tel qu'il apparaît en raison des circonstances de la cause. Cette considération ne peut tenir lieu de consentement sérieux à la subrogation. Permettre au demandeur de réserver sa volonté jusqu'au moment de la revendication, c'est tolérer qu'il puisse fixer son attitude selon les résultats bons ou mauvais de l'opération. On aboutit ainsi à un arbitraire inadmissible. Au surplus, une telle solution choque le mécanisme même de l'accord si fermement exigé par l'ensemble de cette jurisprudence (cf. *supra,* N^os^ 633 et suivants, 638). Si l'on voit dans l'action en revendication invoquée sur le bien nouveau un consentement à la subrogation, il faut exiger qu'à ce moment-là, l'autre partie maintienne son adhésion à cette subrogation. Or, précisément cette autre partie, par le fait même qu'elle est défenderesse au procès et s'oppose à la subrogation, doit être considérée comme ayant retiré son propre consentement, dans la mesure exactement où le demandeur est censé avoir donné le sien. Et c'est précisément cette situation qui donnait lieu au conflit sur lequel la Chambre des Requêtes a été appelée à statuer le 10 janvier 1923. Par conséquent, une telle solution est non seulement arbitraire dans son résultat, elle est encore erronée dans son principe. Sans doute, la Cour de Cassation a-t-elle voulu ainsi élargir et assouplir le jeu de la subrogation réelle évidemment désirable, sans pour autant l'admettre de plein droit en présence d'un droit de propriété qui s'y oppose manifestement (cf. *infra,* N^os^ 656 et suivants). Si cette intention est parfaitement compréhensible en elle-même, le moyen choisi pour y satisfaire est mauvais. La décision spéciale n'assurerait plus le minimum de sécurité technique indispensable qui constitue toute sa raison d'être, si on la livrait à un tel arbitraire. A partir du moment où, à juste titre, on la considère comme nécessaire, il convient d'exiger la présence de ses éléments fondamentaux qui sont ceux requis par le droit commun et qui s'analysent simplement en des consentements sérieux.

Il existe, au surplus, d'autres moyens d'assouplissement suffisamment avantageux et fondés dans leur principe. Ils apparaissent notamment dans l'étude des effets qu'il convient de reconnaître à la décision spéciale.

IV. — EFFETS DE LA DECISION SPECIALE DE SUBROGATION

643. — La décision spéciale commande la subrogation dans la mesure même de la force obligatoire reconnue à la loi ou à la convention, selon que cette décision émane du législateur ou des particuliers. Il s'agit ici de l'application pure et simple du droit commun, autre expression de la subordination de la subrogation à la technique générale.

Mais une question intéressant particulièrement la décision spéciale de subrogation se pose : la décision spéciale, en raison de ses caractères propres, doit-elle être limitativement appliquée aux cas qu'elle prévoit, ou peut-on éventuellement l'étendre par analogie ? Autrement dit, la décision spéciale de subrogation est-elle d'interprétation stricte ou non ?

Pour répondre à cette question, il importe de distinguer entre la décision spéciale ordinaire et la décision intégrant la subrogation dans une institution.

644. — L'interprétation de la *décision spéciale ordinaire* découle logiquement de la raison d'être et de la notion de cette décision (cf. *supra*, N^{os} 620 et suivants). La décision spéciale est rendue nécessaire par la spécialité matérielle du droit à transporter, c'est-à-dire par le fait que ce droit ne peut frapper que les biens sur lesquels il a été spécialement constitué. Aussi, la décision spéciale s'analyse-t-elle en cette constitution sur le bien nouveau. Elle déroge, ainsi, à un principe de la technique générale, qui continue à faire obstacle à la subrogation réelle dans toute la mesure où la décision spéciale n'a pas tourné cet obstacle. Le milieu technique dans lequel évolue la subrogation demeure défavorable au jeu de celle-ci. La décision spéciale, en effet, n'atténue en rien la spécialité matérielle du droit transporté sur un nouvel objet. Ce droit ne frappe un bien nouveau que parce qu'il a été spécialement créé sur ce bien, lui-même considéré dans son individualité matérielle, tout comme l'était le bien ancien. Le droit transporté se trouve donc très naturellement attaché, désormais, à l'individualité matérielle de ce nouvel objet. Par conséquent, la décision spéciale ne vaut que pour ce bien, c'est-à-dire pour la fluctuation ou le type de fluctuation qu'elle a effectivement prévue. *On est ainsi naturellement conduit à l'interprétation restrictive des décisions spéciales de subrogation.*

Il convient de remarquer que cette interprétation restrictive concorde très exactement avec l'exigence que nous avons relevée (*supra*, N° 639), d'une prévision précise et spéciale de la subrogation. Ces deux principes qui marquent le

régime de la décision spéciale ne sont au fond que deux expressions nuancées d'une même réalité !

En poussant un peu plus avant l'analyse, on découvre, du reste, que la règle générale de l'interprétation restrictive de la décision spéciale se présente sous deux aspects. Elle signifie, d'abord, que la décision spéciale ne doit être appliquée qu'à la fluctuation ou au type de fluctuation qu'elle a expressément prévue. Cette expression de la règle est normale, puisque le droit transporté frappe le bien nouveau comme l'ancien, c'est-à-dire à raison de son individualité matérielle. Mais il est clair que cette raison n'a de sens qu'au regard du droit transporté, considéré lui aussi dans son individualité. D'où un deuxième aspect de l'interprétation stricte : la décision spéciale n'entraîne la subrogation que dans le droit où elle la prévoit. Ce deuxième aspect tient autant à la notion de subrogation, entendue comme la conservation d'un droit subjectif précis (cf. *supra,* N° 542), qu'à celle de décision spéciale. Aussi, ne conviendrait-il pas d'attirer l'attention sur lui, si les arrêts ne l'avaient parfois obscurci.

Ainsi, l'arrêt de la Cour de Dijon du 30 juin 1893 et celui de la Cour de Cassation du 29 avril 1901 ont admis la subrogation dans la *revendication* du gratifiant révoquant (ou de ses héritiers), sur la base d'une décision spéciale ayant prévu ladite subrogation *dans l'exécution de la charge.* La décision spéciale a donc été appliquée à un droit qu'elle n'avait pas spécialement envisagé puisque l'exécution de la charge et la révocation de la libéralité mettent en jeu deux droits distincts (cf. *supra,* N°s 610 et suivants, et *infra,* N° 660). Ici encore, il faut relever le souci de la Cour de Cassation d'assouplir et d'étendre le jeu de la subrogation réelle (comp. *supra,* N° 642). Mais il ne semble pas que cette extension mérite de sérieux reproches, dans la mesure où la révocation de la libéralité et l'action en exécution de la charge constituent deux voies de droit connexes. La première n'est que la sanction de la seconde. Et l'on peut admettre que la prévision de la subrogation dans l'exécution de la charge porte *ipso facto* sur la révocation qui lui est étroitement liée. Du moment que le bien nouveau a été choisi pour perpétuer la charge, on peut admettre qu'on a entendu lui en appliquer toutes les conséquences et, notamment, une revendication éventuelle consécutive à une révocation pour inexécution des charges (comp. *infra,* N° 660). Ce principe est d'autant plus admissible que la décision spéciale peut être tacite (cf. *supra,* n° 639). Il ne semble pas que cet assouplissement indéniable de la décision spéciale compromette la raison d'être et la fermeté technique de celle-ci.

Mais il n'en est ainsi que dans la mesure où l'exécution

de la charge et la révocation pour inexécution sont étroitement liées. En l'absence de cette rigoureuse connexité, le caractère spécial de la décision de subrogation doit viser strictement le droit à conserver. Aussi, l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 10 janvier 1923 encourt-il la critique dans la mesure où il a admis la subrogation dans la reprise de biens donnés prévue par les lois du 1825 et de 1904, sur une manifestation de volonté de la congrégation donataire qui, de toute évidence, n'avait pas prévu la reprise. La donation ne comportait pas de charge. La congrégation avait simplement aliéné, sous condition de remploi, conformément à l'autorisation administrative légalement requise. C'est seulement beaucoup plus tard que, la congrégation ayant été dissoute, les héritiers du donateur exerçaient l'action en reprise (et non la révocation pour inexécution des charges) prévue par la loi. Il est clair qu'en admettant la subrogation réelle dans cette reprise, en vertu d'une volonté de la donataire qui ne prévoyait aucunement ladite reprise, l'arrêt de 1923 a méconnu l'interprétation stricte qui aurait dû s'imposer (148).

Les arrêts du 1er août 1910, du 10 mars 1920 et du 23 mars 1925 l'ont, par contre, scrupuleusement appliquée dans des espèces identiques où la prévision de la subrogation dans l'exécution de la charge ne faisait aucun doute, puisqu'il s'agissait de donations de sommes d'argent à charge de construire des chapelles, charges du reste effectivement exécutées. Mais, cette volonté des parties dans l'exécution de la charge a été considérée comme inopérante au regard de l'action en reprise intentée par les héritiers des donateurs. On ne saurait mieux illustrer la règle de l'interprétation stricte des décisions spéciales de subrogation, du moins quant aux droits qu'elles concernent (149).

---

(148) A la vérité, le remploi qui a été opéré dans cette espèce ne donnait lieu à aucune subrogation. Il a simplement évité au donataire propriétaire un appauvrissement. Mais le fait de déclarer un acquéreur propriétaire purement et simplement n'est pas une subrogation réelle (cf. *supra*, N° 67). Celle-ci ne devient concevable qu'au regard d'un autre rapport juridique, précisément mis en œuvre dans cette espèce à propos de la reprise. Mais il s'agit alors d'une subrogation dans le droit *du donateur* exerçant la reprise. Si l'on rapproche cette critique de celle que nous avons déjà présentée au sujet de l'interprétation de la volonté des héritiers du donateur (cf. *supra*, N° 642), on voit que l'arrêt de Req. 10 janvier 1923, a non seulement assez peu respecté les volontés véritables des parties comme on le lui a justement reproché (cf. Demogue, S. 1924. 1. 337 ; Beudant, IV, par Voirin, N° 45, p. 41), mais il a aussi méconnu le mécanisme fondamental de la subrogation réelle.

(149) Il faut, du reste, remarquer que dans ces espèces les demandeurs réclamaient la somme d'argent donnée et non les chapelles. La subrogation était ici invoquée par le syndic défendeur. D'autre part, dans la conception admise par la Cour de Cassation, le refus de la subrogation s'est doublé d'une inopposabilité de l'emploi, pourtant

645. — *La décision spéciale, intégrant la subrogation dans une institution,* obéit à des principes fort différents, qui découlent également des caractères propres à cette décision (cf. *supra,* N° 625). Nous venons de voir que l'application restrictive de la décision spéciale ordinaire est commandée par le désaccord entre la technique juridique générale et le jeu de la subrogation réelle. La décision spéciale est un moyen de parer aux conséquences de ce désaccord, mais celui-ci subsiste essentiellement et s'oppose de nouveau au jeu de la subrogation dès que le support de la décision spéciale fait défaut. Autrement dit, la décision spéciale ordinaire doit être appliquée limitativement parce que la subrogation réelle continue à évoluer dans un milieu technique défavorable, le bien nouveau étant à son tour appréhendé dans son individualité matérielle comme l'était l'ancien. Or, cette « ambiance » technique défavorable disparaît précisément lorsque la subrogation est intégrée dans une institution juridique déterminée. Cette intégration se caractérise, en effet, par la subordination de la subrogation à une technique particulière institutionnelle. Cette technique, loin d'être inadaptée aux buts de la subrogation est, au contraire, spécialement créée, elle aussi, pour les atteindre (cf. *supra,* N° 625, *in fine*). Elle peut, à juste titre, être considérée comme s'intercalant entre la subrogation et la technique juridique générale inadaptée. Dans le cadre de l'institution, il est non seulement normal, mais légitime, de penser que le bien nouveau n'est pas strictement considéré dans son individualité matérielle, précisément dans la mesure où l'appréhension de ce bien nouveau fait partie d'un ensemble technique spécialement créé pour atteindre certaines fins. De sorte que la raison qui commande le jeu restrictif de la subrogation a ici disparu, dans la mesure où existe cette technique institutionnelle, c'est-à-dire dans la mesure où il s'agit, pour la subrogation, d'atteindre les buts qui sont ceux de l'institution. La subrogation peut alors fonctionner librement pour atteindre ces buts institutionnels. On aboutit logiquement à *l'interprétation extensive des décisions d'intégration dans toute la mesure exigée par les buts de l'institution.*

Il convient d'insister sur cette mesure qui précise bien les limites de l'application large. La subrogation se trouve directement rattachée à ses buts dans la mesure seulement où elle fait partie de l'institution. Or, ces buts ne sont pas forcément tous ceux auxquels elle est susceptible de répondre dans le droit considéré. Ainsi, nous avons vu que la subrogation réelle est intégrée dans l'institution de l'hypothèque

---

effectivement constaté, aux demandeurs (pour la critique de ce dernier point, cf. *supra,* N° 166, *in fine*).

dans la mesure où elle réalise l'exercice du droit de préférence (cf. *supra,* N^{os} 554 et 625, *in fine*). Or, le droit de préférence ne satisfait pas, à lui seul, tous les buts qui peuvent rendre la subrogation désirable dans cette sûreté réelle ; la subrogation à l'immeuble hypothéqué d'un autre immeuble, répond, elle aussi, à ces buts (cf. *supra,* N^{os} 446 et suivants). Mais cette dernière subrogation n'est pas intégrée dans l'institution de la sûreté réelle ; elle ne répond pas aux buts normaux de celle-ci (cf. *supra,* N° 625). Aussi, l'interprétation large de la subrogation dans l'hypothèque n'est-elle admissible que dans la mesure où elle assure l'exercice du droit de préférence, c'est-à-dire qu'à propos de la substitution à l'immeuble grevé, d'une créance de somme d'argent et non d'un autre bien matériel (cf. *infra,* N° 695, *in fine*). A ce dernier égard, l'interprétation stricte doit recouvrer tout son empire.

Même ainsi limitée, l'interprétation extensive représente tout l'intérêt pratique de l'intégration dans une institution. Elle confère à la décision spéciale une souplesse remarquable. Et il faut noter qu'il s'agit bien ici de l'application extensive d'une décision expressément prévue sur un point précis, et non une présomption de décision spéciale pour tous les besoins de l'institution. Il serait assez divinatoire de prétendre que le législateur a *effectivement* prévu la subrogation réelle sous le régime de communauté dans tous les cas autres que ceux mentionnés dans les articles 1407, 1434 et 1435 C. civ. Et il serait sûrement inexact de soutenir que dans l'organisation du droit de préférence qu'ils créèent, les Codes civil et de procédure civile, ont facilement, mais effectivement prévu l'attribution préférentielle aux créanciers hypothécaires et privilégiés, de créances autres que celle du prix d'adjudication et notamment des créances d'indemnité. L'attribution de ces créances constitue une véritable extension de la subrogation réelle institutionnelle. Dans tous ces cas, cette extension répond à l'idée que la subrogation est dans la logique *objective* du but institutionnel et non dans la *psychologie* expresse de la décision spéciale (comp. *supra,* N^{os} 618 et 639). Mais cette extension est rendue admissible par le phénomène d'association intime d'intégration de la subrogation à une technique particulière qui caractérise précisément l'institution. On mesure ainsi toute la portée de cette intégration qui achève de donner, au jeu de la décision spéciale, une souplesse précieuse pour aménager et élargir la place de la subrogation réelle dans notre technique juridique.

646. — *Conclusion* — Il est maintenant possible d'embrasser, par un aperçu synthétique, les caractères essentiels que la décision spéciale imprime au jeu de la subrogation

réelle dans les droits attachés à l'individualité matérielle de leur objet. Dans la détermination de ces caractères, le mérite principal revient à la jurisprudence que nous avons analysée (cf. *supra,* notes 133, 134 et 135). Sous la réserve de quelques points de détail critiquables (cf. *supra,* N^os^ 642 et 643 texte et note 148), cette jurisprudence a fourni les éléments essentiels d'une construction à la fois *cohérente* et *souple.*

Construction cohérente parce que le principe même sur lequel elle fait reposer la nécessité de la décision spéciale répond aux données fondamentales de la technique : la spécialité matérielle des droits considérés s'oppose à leur transport de biens en biens, sous la seule poussée de considérations « politiques », au sens large du terme. Sur la base de cette donnée fondamentale, la jurisprudence a logiquement dégagé les traits essentiels par lesquels la décision spéciale remplit sa mission de sécurité technique (indépendance vis-à-vis de la décision de destination en valeur, détermination des personnes compétentes pour l'édicter, et surtout spécialité des volontés et effets restrictifs). Or, les arrêts ont dégagé tous ces éléments essentiels dans une matière demeurée longtemps en friche et où la doctrine moderne, loin d'aider les tribunaux, a au contraire fait beaucoup pour les égarer. En poussant notamment à ne voir dans la révocation des libéralités que l'idée d'affectation impliquée par la charge et non celle de revendication, Saleilles et ses successeurs (cf. *supra,* N^os^ 27 et suivants) ont multiplié les invites aux égarements. Que ces invites aient été refusées avec énergie et même avec solennité (cf. *supra,* N^os^ 35, c, et 619), c'est ce qui prouve que les tribunaux, au contact des réalités techniques et pratiques, ont su, dans l'ensemble, ne pas livrer à l'insécurité le jeu de la subrogation. Et, l'on mesure aujourd'hui à quel point cette jurisprudence a été peu comprise par les auteurs modernes lorsqu'ils y voient une illustration de leurs idées, en réalité énergiquement rejetées (150). La jurisprudence a fort bien senti que la sécurité technique, dont elle est gardienne, empêchait de transgresser la nécessité même d'une décision spéciale, et que, si l'on voulait accueillir plus largement une subrogation incontestablement désirable, c'était sur l'assouplissement de cette décision spéciale qu'il fallait porter ses efforts.

Aussi, les arrêts n'ont-ils pas manqué de tenter un tel aménagement. Ils ne se sont pas enfermés dans les anciennes

(150) Cf. notamment Henry, thèse, pp. 1 et suivantes. Cet auteur reconnaît bien que l'arrêt du 1^er^ août 1910 est contraire à la théorie moderne (*op. cit.,* pp. 236 et suivantes). Mais il en minimise la portée en l'expliquant par des circonstances propres à l'espèce. En réalité, cette explication est peu conforme aux affirmations de principe contenues dans l'arrêt (cf. *supra,* N^os^ 35, c, et 619).

formules classiques, trop systématiquement hostiles à la subrogation dans de telles hypothèses (cf. *supra,* N° 22). Ils ont su conférer à la notion et au jeu de la décision spéciale une souplesse précieuse. En dégageant la notion de « convention de subrogation», en renonçant à tout formalisme déplacé, en admettant notamment que la décision spéciale puisse être tacite, en l'appliquant avec une largesse limitée aux exigences d'une sécurité technique irréductible, les arrêts ont certes ouvert la voie à une utilisation rationnelle et heureuse de la subrogation réelle en milieu technique défavorable.

Toutes ces décisions judiciaires méritent qu'on en reprenne l'analyse en renonçant à tout préjugé et en négligeant presque, l'histoire de la subrogation (cf. *supra,* N^os^ 61 et suivants). De cette analyse objective, dont nous n'avons certes pu qu'entrouvrir la voie que d'autres, mieux qualifiés, pourront suivre avec plus de bonheur, on retirerait, sans doute, des conclusions susceptibles de faire accéder le concept de la subrogation à la pleine conscience et son utilisation à la place qui devrait lui revenir au sein de notre technique juridique. En vue de cette émancipation tempérée, il semble qu'on pourrait aussi recourir à une notion utile, à laquelle la jurisprudence n'a pas songé : celle d'intégration de la subrogation dans une institution. Cette notion paraît devoir parachever la conquête d'une place qui revient à la subrogation réelle, malgré un milieu technique défavorable et dans le but d'une satisfaction d'intérêts respectables.

L'application de ces quelques principes permettra, maintenant, d'illustrer à la fois leur bien-fondé et leur éventuelle fécondité.

§ 2°. — Solutions du problème

647. — Pour dégager ces solutions, il importe de déterminer quels sont les droits attachés à l'individualité matérielle de leur objet, et de montrer comment la subrogation réelle s'accomplit à leur égard. A ce dernier point de vue, la distinction entre le jeu de la subrogation réelle au contact direct de la technique générale (151) et celui de la

(151) Nous avons généralement employé jusqu'ici l'expression « technique générale » dans un sens très large, entendant désigner toute la technique juridique de droit commun *extérieure, à la subrogation réelle.* En ce sens, la technique générale comprenait les différentes techniques institutionnelles (cf. notamment *supra,* N^os^ 479 et suivants, 544 et suivants, 560) ; nous donnons ici à l'expression « technique générale » un sens plus restreint réservé aux techniques non institutionnelles opposées aux institutions.

subrogation intégrée dans une institution, revêt une importance pratique majeure. Procédant des mêmes principes (cf. *supra,* N° 625), le fonctionnement de la subrogation n'en obéit pas moins à des règles pratiquement fort différentes (cf. *supra,* N^os^ 643 et suivants). C'est pourquoi il convient de vérifier distinctement dans ces deux hypothèses, les données générales du problème telles que nous venons de les dégager.

Article 1^er^. — JEU DE LA SUBROGATION REELLE AU REGARD DE LA TECHNIQUE GENERALE

648. — Ce jeu est, alors, uniquement et directement commandé par la spécialité matérielle du droit considéré. Il se résume donc en deux propositions : en l'absence de toute décision spéciale, la subrogation ne peut s'accomplir (cf. *supra,* N^os^ 617 et suivants) ; s'il existe une décision spéciale, celle-ci doit s'appliquer de façon restrictive (cf. *supra,* N° 644).

Il reste, alors, à déterminer quels sont les droits ainsi attachés à l'individualité matérielle de leur objet. Nous ne saurions naturellement en donner ici une énumération limitative. Le critérium qui commande le jeu de la subrogation revêt, sur le plan général, une importance beaucoup plus grande que la description de tous les cas possibles d'application. Il suffit, à ce dernier égard, de citer quelques-uns de ceux-ci, à seule fin d'illustrer par des exemples concrets les données générales du problème demeurées, jusqu'à présent, abstraites.

649. — D'une manière générale, les droits attachés à l'individualité matérielle de leur objet sont ceux qui portent sur un bien isolé. A cet égard, la maxime classique *in judiciis singularibus pretium non succedit loco rei, nec res loco pretii* traduisait la vérité envisagée dans son ensemble. Mais il convient de lui apporter des retouches comparables à celles dont nous avons cru devoir corriger la maxime inverse *in judiciis universalibus...* (cf. *supra,* N° 592). L'unité de bien importe beaucoup moins que le *titre* auquel ce bien est techniquement appréhendé. Ainsi, si nous avons vu qu'un seul bien pouvait parfois ne pas être considéré dans son individualité matérielle (cf. *supra,* N° 592 c.), à l'inverse, plusieurs biens peuvent être compris dans l'objet d'un droit et être appréhendés en raison de l'individualité matérielle de chacun d'eux. Ils n'en sont pas moins alors considérés *ut singuli.* Le droit qui les appréhende de cette façon n'est pas moins hostile au jeu de la subrogation réelle.

La maxime *in judiciis singularibus...* traduit donc une

réalité dans la mesure où elle signifie que les droits qui portent sur un ou plusieurs biens appréhendés en raison de l'individualité matérielle de chacun d'eux, s'opposent au jeu de la subrogation réelle. Celui-ci ne peut s'accomplir qu'en vertu d'une décision spéciale.

A cet égard, il semble qu'une règle générale d'interprétation doive être dégagée. Lorsqu'un droit porte sur un bien déterminé, il faut, en principe, considérer que ce bien est appréhendé pour lui-même, dans son individualité matérielle. C'est une règle de bon sens. Et elle correspond, dans son ensemble, à une technique juridique matérialiste et objective. Cette règle ne doit être écartée que lorsqu'une disposition législative, ou une organisation technique certaine permet une telle solution (cf. *supra,* Sous Section I). Tout dépend, certes, d'une analyse propre à chaque droit en cause. Mais à défaut de renseignements révélés par cette analyse, il est naturel de considérer qu'un droit qui se voit assigner un objet matériel déterminé, appréhende celui-ci dans sa matière et non dans sa seule valeur.

Les meilleurs exemples de tels droits qu'on puisse citer sont, d'une part, les créances de corps certains, et d'autre part, les droits réels spéciaux.

1er POINT. — JEU DE LA SUBROGATION REELLE DANS LES DROITS DE CREANCE DE CORPS CERTAINS.

650. — Un droit de créance peut fort bien se révéler *par sa nature* compatible avec tout changement de l'objet matériel de la prestation qu'il permet au créancier d'obtenir (cf. *supra,* N°s 569 et suivants), tout en étant *lié dans son individualité,* à cet objet. Tel est même le principe général qui domine les créances de corps certains, et que l'article 1243 C. civ. exprime en stipulant que « le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande ». Cette règle, dont il existe de nombreuses applications particulières (151 bis), concorde avec « la tendance actuelle qui, dans une obligation, considère surtout son objet » (152).

(151 bis) V., par exemple : pour le dépôt, art. 1932 du Code civil ; pour le prêt à usage, Planiol, II, N° 2047 ; pour le gage, *op. cit.,* N° 2440 ; pour le paiement indu,*op. cit.,* N° 849 ; pour le louage, art. 1719, 1720, 1722 du Code civil.

(152) Cf. Planiol, II, N° 523, tendance en vertu de laquelle on est conduit à analyser la dation en paiement en une novation par changement d'objet, cf. *supra,* N° 530.

Ce principe général entraîne logiquement l'extinction de l'obligation en cas de perte de la chose due. C'est cette conséquence qu'exprime, sur un plan très général, l'article 1302 C. civ. et dont l'article 1722 C. civ. fait application au louage de choses. Sans doute, cette extinction s'accompagne-t-elle ou non de la responsabilité du débiteur, suivant que la perte de la chose est ou non imputable à un fait libératoire. Mais il faut alors remarquer que l'obligation du débiteur responsable a une source distincte qui est le fait générateur de la responsabilité et qui n'empêche pas l'obligation initiale de s'éteindre (153).

Il est clair qu'une telle conception ne laisse guère de place à la subrogation réelle. Dans un milieu technique aussi défavorable, celle-ci ne peut jouer qu'en vertu de décisions spéciales. De telles décisions, le droit positif fournit des exemples dont les plus typiques sont peut-être ceux de l'article 1303 C. civ. et de lois récentes concernant le droit du preneur à bail.

I. — JEU DE LA SUBROGATION REELLE PREVUE PAR L'ARTICLE 1303 C. civ.

651. — L'article 1303 C. civ. stipule que « lorsque la chose est périe, mise hors du commerce ou perdue sans la faute du débiteur, il est tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier ».

Ce texte, aux dispositions restrictives, est sûrement étranger à la responsabilité, puisqu'il déclare lui-même ne s'appliquer que dans les cas où le débiteur n'est pas fautif (154).

Il ne concerne pas davantage l'enrichissement sans cause. La propriété se transférant aujourd'hui par le simple effet des obligations, il faut admettre que dans la quasi-totalité des hypothèses, le créancier est propriétaire de la chose due (155). C'est donc en sa personne que naît l'action en indemnité (156). Par suite, le débiteur de l'obligation de

---

(153) Cf. Planiol, II, N°s 622 et 623.

(154) En réalité, il ne s'applique pas, non plus, dans les cas, fort rares, où le débiteur est responsable sans avoir commis de faute (cf. *infra*, N° 652 texte et notes 158 et 159).

(155) Il n'en est évidemment pas ainsi dans le cas de l'obligation de délivrance qui pèse sur le bailleur envers le preneur à bail. Mais l'article 1303 n'a sûrement pas visé cette hypothèse (cf. *infra*, N° 652).

(156) Aussi, a-t-on justement signalé l'impropriété des termes, empruntés au droit romain, par lesquels l'article 1303 parle d'une « cession d'action » au créancier. Cf. Planiol, II, N° 628, et *supra*, N° 527.

livrer, n'est pas enrichi par la survenance du cas fortuit. Et, alors même que, par exception, il en irait autrement (le créancier n'étant pas propriétaire de la chose périe et étant le sujet actif d'une véritable obligation de *donner*), l'article 1303 ne distinguant pas et s'appliquant, de toute façon, aux obligations de livrer la chose à son propriétaire, doit avoir un fondement unique qui ne peut être l'enrichissement sans cause.

En réalité, l'article 1303 procède du souci d'assurer, tant que cela paraît possible, l'exécution de l'obligation. Que le créancier soit ou non propriétaire, le législateur a estimé qu'il avait droit à l'obtention de tout bien se trouvant entre les mains du débiteur dans un rapport de provenance direct avec la chose initialement due et périe. Or, comme on se trouve dans une hypothèse où le débiteur n'a pas engagé sa responsabilité, les biens de remplacement ainsi visés se limitent pratiquement aux créances d'indemnité. D'où l'article 1303. Le débiteur, alors, n'est pas libéré malgré le cas fortuit. Il doit rendre le bien de remplacement par une véritable « exécution en nature prolongée » (cf. *supra,* N° 527, note 113). Et l'action du créancier contre lui n'est autre que l'action née de l'obligation initiale, pratiquement du contrat originaire. A cet égard, l'article 1934 du C. civ, mieux rédigé que l'article 1303, rend un compte plus exact de la situation en soumettant plus nettement le bien nouveau à l'obligation de restitution, née du dépôt (cf. *supra,* N° 527 et comp. *infra,* N° 652).

L'article 1303 s'analyse donc en une décision spéciale de subrogation dans l'action personnelle du créancier (cf. *supra, ibid.*). Nous avons déjà signalé la discordance qui existait, à ce point de vue, entre le plan personnel (sur lequel le créancier jouit de son action personnelle originaire, en vertu d'une subrogation réelle) et le plan réel (la revendication qui appartient également à ce créancier s'il est propriétaire, résultant, elle, d'un droit nouveau, issu de la fluctuation elle-même qui fait naître directement l'action en indemnité dans son patrimoine) et montré la parfaite admissibilité de cette discordance (cf. *supra,* N° 527, *in fine*). Il importe, ici, de souligner davantage comment doit s'appliquer l'article 1303.

652. — L'interprétation restrictive se justifie à plusieurs égards.

a) D'abord, l'article 1303 ne s'applique pas au *remploi.* Si le débiteur, avec les deniers provenus de l'indemnité, a acquis pour son compte un autre bien, rien n'autorise à reconnaître au créancier le droit de lui réclamer ce bien. Le débiteur, à partir du moment où il a perçu les deniers est

devenu débiteur d'un genre. Il ne doit plus au créancier que le montant du prix qu'il a encaissé, non pas en vertu de l'article 1303, mais en application de la théorie de l'enrichissement sans cause (157). Quant à l'obligation initiale, elle est éteinte en vertu de l'article 1302 qui limite naturellement l'article 1303.

b) L'article 1303, selon ses propres termes, ne s'applique pas aux cas où la perte de la chose est due à une faute du débiteur. Cette faute entraîne la responsabilité du débiteur, qui remplace l'obligation initiale, et qui supplante toute subrogation réelle. Mais il faut donner la même solution dans tous les cas où la chose a disparu des mains du débiteur par *le fait* de celui-ci, qui l'a détruite ou aliénée, mais sans *sa faute*. On a justement signalé la rareté de ces faits non fautifs (158). Ils peuvent toutefois se produire. Le principe de la responsabilité du débiteur subsiste alors (159). Et cette responsabilité continue à supplanter la subrogation réelle comme dans les cas de faute du débiteur.

Aussi, doit-on signaler les dispositions particulières qui, par exception, recourent en de tels cas à la subrogation réelle. Ainsi, en vertu de l'article 1380 du C. civ., *l'accipiens* de bonne foi d'un paiement indu, qui a vendu la chose, ne restitue que le prix de la vente. De même, l'article 1935 du C. Civ. stipule que « l'héritier du dépositaire qui a vendu de bonne foi la chose dont il ignorait le dépôt, n'est tenu de rendre que le prix qu'il a reçu, ou de céder son action contre l'acheteur, s'il n'a pas touché le prix » (cf. *supra*, N^{os} 337 et 527, note 114). Ces dispositions, tenant compte de la bonne foi du débiteur, ont entendu limiter l'obligation de restitution à laquelle celui-ci est tenu. A cette fin, elles ont étendu à des cas d'aliénation la subrogation réelle (160), que l'article 1303 réserve aux pertes dues à des cas fortuits ou de force majeure. L'application stricte des articles 1380 et 1935 s'impose peut-être plus encore que celle de l'article 1303. Alors que ce dernier texte régit un domaine d'où la responsabilité du débiteur est en principe exclue, et déroge seulement à la règle générale de l'extinction des obligations par la perte de la chose, les articles 1380 et 1935, représentent, en plus, des pointes avancées de la subrogation réelle sur le domaine même de la responsabilité du débiteur, qu'ils évincent. Le principe général étant admis, que le débiteur est, éventuelle-

(157) Dans la mesure, toutefois, où ce prix est inférieur ou égal à l'appauvrissement du créancier (cf. *supra*, N° 330).

(158) Cf. Planiol, II, N° 623.

(159) *Op. cit.* C'était la solution de Pothier, *obligations*, N° 661.

(160) Il faut rappeler qu'il ne peut en être ainsi dans la mesure où ces textes prévoient la restitution du prix, même versé au débiteur (cf. *supra*, N° 337).

ment, tenu par son simple fait, toute disposition écartant sa responsabilité en un tel cas déroge non seulement au droit commun de l'article 1303, mais encore à celui de la responsabilité. Aussi, les articles 1380 et 1935 doivent-ils être strictement limités aux obligations qu'ils prévoient. Ainsi, l'héritier de tout débiteur autre que le dépositaire doit *indemniser* le créancier s'il a aliéné, même de bonne foi, la chose due (161). La subrogation réelle, prévue par les articles 1380 et 1935, se trouve ainsi limitée par la responsabilité du débiteur qu'elle n'évince que dans deux cas exceptionnels. Hors de ces cas, la subrogation ne joue qu'à l'occasion de la perte fortuite ou par force majeure, selon les termes de l'article 1303 qui la limite à cette cause de fluctuation.

c) Mais il est clair, en revanche, que l'article 1303 est général quant aux obligations qu'il régit. A cet égard, l'interprétation stricte doit être écartée en raison de l'analyse même de cette disposition et de sa place dans le code. Elle s'applique donc à toutes les obligations. Un arrêt a consacré cette idée en admettant le jeu de l'article 1303 dans l'obligation d'un héritier débiteur d'un rapport à succession (162) ;

Il est vrai, qu'en matière de dépôt, il existe un texte spécial : l'article 1934 du C. civ., aux termes duquel « le dépositaire auquel la chose a été enlevée par une force majeure et qui a reçu un prix ou quelque chose à la place, doit restituer ce qu'il a reçu en échange ». Ce texte, beaucoup plus explicite que l'article 1303, paraît, de prime abord, permettre une application plus large de la subrogation réelle. En réalité, comme l'article 1303, il ne régit que les cas de destruction ou de perte par force majeure, ce qui réduit pratiquement les biens de remplacement aux créances d'indemnité (163). Quant aux biens acquis en remploi, ils ne sauraient être visés par l'article 1934, pour les mêmes raisons que celles qui s'appliquent à l'article 1303 (cf. *supra,* a). Lorsque le débiteur a acquis pour son compte un bien de remploi, il en est le seul propriétaire (cf. *infra,* N° 658). On ne saurait donc donner au créancier une action personnelle, ne doublant en ce cas aucune revendication, sans une disposition précise et expresse, que l'article 1934 ne comporte pas. L'in-

---

(161) Cf. en ce sens Pothier, *op. cit.,* Planiol, *op. cit.*

(162) Cf. Montpellier, 28 janvier 1935, D.H. 1935. 229. Cette solution n'est admissible que dans la mesure où l'on considère l'héritier dont le droit est résolu, comme *débiteur* par ce fait même envers ses cohéritiers (cf., à cet égard, *supra,* N° 577 texte et note 115).

(163) On pourrait, certes, imaginer une certaine extension permise par l'article 1934. Ce texte, par exemple, pourrait soumettre à la restitution la chose reçue par le débiteur au titre d'une dation en paiement de l'indemnité. Mais une telle hypothèse est bien théorique.

terprétation restrictive s'impose ici comme pour l'article 1303 ; et elle se justifie toujours, au fond, par la spécialité matérielle qui régit, en principe, les droits de créance de corps certains.

En revanche, l'article 1303 ne saurait s'appliquer aux obligations incompatibles avec ses dispositions. Ainsi, l'obligation de délivrance qui pèse sur le bailleur en vertu du bail (art. 1719 du C. civ.) est soustraite à son empire. L'article 1303 n'a sûrement entendu viser que les obligations de livrer ou de donner. D'autre part, la créance de remplacement ne répond, en aucune façon, à la destination locative de la chose détruite. Son attribution au preneur n'aurait donc aucun sens. Mais si la subrogation réelle prévue par l'article 1303 se trouve ici déplacée, d'autres textes récents ont eu recours à ce procédé. Ils méritent au moins une mention.

II. — JEU DE LA SUBROGATION REELLE DANS LE DROIT DU PRENEUR A BAIL

653. — Le droit du preneur à bail porte, en principe, sur la chose même qui a fait l'objet du bail (art. 1719 du C. civ.). Il est lié à l'individualité matérielle de cet objet. Les articles 1722 et 1741 du C. civ. tirent la conséquence logique de ce principe en stipulant la résiliation de plein droit du bail en cas de perte de la chose par cas fortuits (164).

Cette résiliation, normalement prévue pour des cas fortuits, rares et exceptionnels, risquait de présenter dans certaines circonstances et, notamment, en cas de destruction par faits de guerre, de graves inconvénients sociaux et économiques (165). Le législateur y a paré en reportant le droit des preneurs sur les immeubles reconstruits. Tel fut l'objet, d'abord de la loi du 28 juillet 1942, relative aux baux commerciaux et d'habitation, aujourd'hui remplacée par l'article 70 de la loi du 1er septembre 1948, pour ce qui concerne les baux professionnels ou d'habitation et par la loi du 2 août 1949, relative aux baux commerciaux, industriels et artisanaux.

---

(164) Dans les autres cas, il faut seulement réserver la responsabilité de celui qui a causé la destruction.

(165) V. un autre cas de report du droit du preneur en cas de démolition volontaire en vue de la reconstruction, dans l'article 11 de la loi du 30 décembre 1950 relative à l'Algérie, différente sur ce point de la loi du 1er septembre 1948 (art. 13), laquelle n'accorde au preneur qu'un droit de priorité pour obtenir un nouveau bail relativement au local reconstruit (cf. *supra*, N° 519). V. aussi, en cas de remembrement, la loi du 9 mars 1941, art. 30 ; en cas de restitution de ses biens à une victime de spoliation, Sarraute et Tager. J.C.P. 1948. 1. 735, N° 10.

Nous avons déjà analysé ces textes (cf. *supra*, N^os^ 518 et 519). Il convient ici de dégager les principes qui président à leur interprétation.

654. — L'interprétation restrictive est commandée par le principe général auquel les lois de 1948 et 1949 déclarent expressément déroger et d'après lequel la destruction ou la perte de la chose louée entraînent, normalement, la résiliation du bail (art. 1722 et 1741). Ce principe ne fait lui-même qu'illustrer la spécialité matérielle du droit du preneur à bail qui concerne la chose louée considérée dans son individualité matérielle. La subrogation réelle fait échec à cette règle fondamentale qui ne peut être écartée que par une prévision particulière de la loi et qui recouvre son empire en dehors de cette prévision. Cette position dérogatoire de la subrogation, par rapport au droit commun, conduit normalement à une application stricte, dont on peut donner quelques exemples :

a) Ainsi, les lois de 1948 (art. 70) et de 1949 n'envisagent que des destructions consécutives à la guerre et ne sauraient donc être appliquées à aucune destruction étrangère à ces circonstances (166). Encore convient-il, à l'égard des destructions consécutives à la guerre elle-même, d'appliquer les textes strictement. Les lois de 1948 et de 1949 ne sont pas, sur ce point, rédigées de façon identique.

La loi du 1^er^ septembre 1948 vise expressément non seulement les « faits de guerre », mais encore « les faits assimilés » (cf. loi du 26 octobre 1946, article 6). Elle diffère, en cela, de la loi du 2 août 1949 qui, reprenant la rédaction de la loi du 28 juillet 1942, ne mentionne que les destructions dues à des « actes de guerre ». La loi de 1949 ne saurait donc être appliquée aux faits assimilés (167).

b) La même interprétation restrictive doit présider à la détermination du régime, applicable en cas de destruction partielle du local loué. Les lois de 1948 et 1949 prévoient la destruction partielle de l'*immeuble*, mais non celle du *local* loué (cf. *supra*, N° 174). On ne saurait étendre à cette hypothèse la subrogation prévue pour le cas de destruction totale. Il s'agirait alors d'une subrogation de plein droit inadmissible en cette matière.

Elle conduirait, du reste, à des situations imprévues. Pour admettre la subrogation réelle, il faut considérer le

---

(166) Cf. étude Le Mardelé, J.C.P. 1949. 1. 794, N^os^ 12 et suivants.

(167) C'est en ce sens que s'est prononcé, sous l'empire de la loi du 28 juillet 1942, un jugement du Trib. civ. d'Ajaccio du 13 décembre 1947, cité et approuvé par M. Le Mardelé, *op. cit.*, N° 14.

bail initial comme subsistant (cf. *supra,* N° 519 texte et note 97 bis). Il continuerait donc, en cas de destruction partielle, à porter sur la partie du local non détruite. Or, comment concilier cette subsistance, avec un report partiel sur un nouveau local, si celui-ci a une individualité indépendante de celle de l'ancien (ex. : reconstruction sur un autre emplacement ou simplement nouveau local constituant une habitation distincte de l'ancienne) ? Le bail, à la fois subsistant et reporté, se trouverait avoir deux objets distincts ne correspondant plus à la destination originaire et ne répondant pas davantage aux prévisions législatives. Et, l'on ne pourrait, d'autre part, afin de conférer à cette subrogation réelle plus de cohérence, considérer le bail comme résilié sur la partie du local non détruite. Une telle résiliation ne saurait, sans texte, être admise, de plein droit, ni sur une manifestation unilatérale de volonté (pratiquement de la volonté du preneur) qui aboutirait à reconnaître, sans l'appui d'un texte et en dehors de toute prévision contractuelle, une option entre les deux locaux. Finalement, le report ne serait admissible que par l'effet d'une convention, ce qui revient au droit commun.

C'est finalement celui-ci qui doit régir l'hypothèse (en pratique, sans doute assez rare) d'une destruction partielle consécutive à un acte de guerre. L'option reconnue au preneur, par l'article 1722 du C. civ., doit jouer relativement à l'immeuble ancien. Si le preneur opte pour la résiliation, aucune subrogation réelle véritable n'est possible. Seule une *nouvelle* convention peut donner au preneur un droit sur le nouveau local. Si, au contraire, le preneur opte pour la continuation du bail, cette continuation ne vaut, en principe, que pour la partie non détruite de l'ancien local. Telle est l'hypothèse normalement prévue par l'article 1722 du C. civ. Mais il n'est pas impossible, à la rigueur, que le bail porte sur le local nouveau, si ce local ne fait qu'un avec l'ancien au regard de la destination locative initiale. En un tel cas, il ne s'agit pas de subrogation réelle, mais simplement d'extension du bail « la reconstruction apparaissant, du reste, plutôt comme une réparation et pouvant être comprise dans le bail originaire par application de la maxime *accessorium sequitur principale*. Cette extension s'accompagnerait, du reste, normalement, d'une modification du prix, le preneur pouvant imposer, conformément à l'article 1722, une diminution, en cas de restriction dans sa jouissance, et disposant toujours de la faculté de résilier dans le cas contraire, s'il n'acceptait pas d'augmentation.

Ces quelques exemples suffisent à montrer dans quel esprit et selon quels principes restrictifs doit jouer la subrogation réelle, prévue par les lois de 1948 et 1949. C'est dans

cet esprit qu'il conviendrait de trancher les autres difficultés pouvant naître à ce sujet (168).

2e POINT. — JEU DE LA SUBROGATION REELLE DANS LES DROITS REELS SPECIAUX.

655. — Parmi les droits réels spéciaux, la propriété occupe, au regard de la subrogation réelle, une importance particulière. C'est à propos de la revendication que la question de la subrogation réelle se pose le plus souvent et a été, en fait, principalement étudiée. A tel point, que certains auteurs, comme Planiol et M. Henry, ont cru devoir reconnaître à la subrogation réelle dans ce droit réel, un régime distinct (cf. *supra,* N° 31). Nous dégagerons donc les principes qui gouvernent le jeu de la subrogation dans la propriété avant de choisir quelques autres exemples, illustrant le jeu des mêmes principes, parmi les autres droits réels spéciaux.

I. — LE JEU DE LA SUBROGATION REELLE DANS LE DROIT DE PROPRIETE

A. — Principe.

656. — Le droit de propriété, lorsqu'il est invoqué sur un ou plusieurs biens considérés *ut singuli* (cf. *supra,* N° 649) et non dans leur valeur d'ensemble (cf. *supra,* N^{os} 591 et suivants), est incontestablement lié, en tant que droit subjectif distinct, à l'individualité physique de son objet. On est propriétaire de telle maison, de tel champ, de telle table, voire de telle valeur mobilière ou de telle créance (cf. *supra,* N^{os} 575 et suivants) (169). Aussi, pour un même titulaire, le droit de propriété dure-t-il autant que l'objet sur lequel il porte, mais pas davantage (170). Lorsque la chose a péri ou lorsqu'elle a été aliénée, le droit de propriété disparaît lui aussi pour ce titulaire. Par conséquent, la structure technique de la propriété ne laisse pas place en principe, à la subrogation réelle (171), qui ne peut être admise sans une décision spéciale d'interprétation naturellement stricte (cf. *supra,* N^{os} 617 et suivants, 643 et suivants).

657. — Cette conséquence logique a été consacrée par

(168) Pour l'étude détaillée de ce régime, cf. J.C.P. 1948. I 726 et Le Mardelé, *op. cit.*

(169) Cf. Henry, thèse, p. 313 texte et note 1 ; Ripert et Boulanger, I, N° 2605.

(170) Cf. Ripert et Boulanger, I, N° 2725.

(171) Cf. Henry, thèse, pp. 310 et suivantes.

une partie importante de la doctrine, puisque la théorie classique la proclamait (cf. *supra,* N^os^ 15 et suivants), et que Planiol et M. Henry ont maintenu cette opinion (cf. *supra,* N° 31).

Pourtant, l'unanimité n'est pas faite sur ce point que des auteurs récents ont remis en cause. La subrogation réelle, fondée sur l'équité et jouant de plein droit, de la chose à la créance du prix de vente, en toute hypothèse et particulièrement dans le droit de propriété, constitue, en effet, l'une des affirmations les plus originales de Capitant (cf. *supra,* N° 41). Et Demogue, avant lui, s'était montré beaucoup plus libéral, puisque voyant dans la restitution des biens de remplacement au propriétaire du bien ancien une simple application de l'action *de in rem verso,* il l'étendait à toutes les fluctuations et notamment au remploi (cf. *supra,* N^os^ 30 et 532). Nous avons déjà dénoncé les fondements sur lesquels ces auteurs ont fait reposer leurs assertions (cf. *supra,* N^os^ 45 et 533 et suivants). Il importe, ici, d'en apprécier l'exactitude sur le plan strictement normatif.

658. — Il convient, à cet égard, de remarquer que la subrogation réelle, dans le droit de propriété, est invoquée en pratique lors de la revendication contre un possesseur ou un détenteur que celui-ci n'ait jamais été propriétaire, ou qu'il ait cessé de l'être après la résolution de son droit, comme c'est le cas d'un donataire après la révocation de la donation (cf. *infra,* N° 660). Or, il ne peut y avoir de subrogation réelle que si la fluctuation (la vente ou l'acquisition en remploi) a été opérée par le défendeur pour son propre compte et non pour celui du propriétaire (cf. *supra,* N^os^ 520 et suivants). Il faut alors appliquer le droit commun de l'effet relatif des actes juridiques. Lorsqu'une personne vend un bien, elle est seule créancière du prix de vente, parce qu'elle est seule partie au contrat de vente. Si elle a vendu le bien d'autrui, de deux choses l'une : ou le véritable propriétaire garde son droit de suite contre l'acquéreur, sauf à celui-ci à demander la nullité de la vente dans ses rapports avec son vendeur (cf. *supra,* N^os^ 125 bis et 193) ; ou, pour une raison que nous avons déterminée (cf. *supra,* N^os^ 193 et suivants), le propriétaire perd son droit de suite, et il peut avoir une action en responsabilité ou une action *de in rem verso,* contre l'aliénateur, mais rien n'autorise, alors, à le déclarer créancier aux lieu et place du vendeur, c'est-à-dire, à le lier par un contrat auquel il est étranger. Le même raisonnement s'applique exactement au cas d'acquisition faite par une personne en son propre nom. Etant, seule, acquéreur, elle est également seule propriétaire du bien acquis, quelle que soit l'origine des deniers employés à la vente.

La structure du droit spécial de propriété et la revendication qui la sanctionne, ne permettent pas de faire échec à ces principes fondamentaux. Aucune notion d'action portant sur un ensemble rattaché à une unité patrimoniale, ne conduit ici, comme c'est le cas dans la pétition d'hérédité (cf. *supra,* N° 597), à ne considérer que l'origine objective des valeurs rattachées à ce patrimoine. La revendication a évidemment le même objet que la propriété : elle porte sur tel bien individuellement déterminé. Et, elle ne peut viser un autre bien, sans que le droit de propriété ait spécialement été constitué sur lui. Par conséquent, elle ne peut faire échec au jeu des règles les plus certaines. Le transport de plein droit, du droit de propriété sur la créance du prix ou sur le bien de remploi, rendrait inopérant le principe selon lequel les contrats de vente et d'acquisition n'ont d'effet qu'à l'égard de ceux qui les ont conclus. Rien, dans l'analyse du droit spécial de propriété, n'autorise cette conclusion.

La subordination de la subrogation réelle à la technique juridique générale trouve, ici, une autre expression. Le concept de subrogation réelle n'a aucune vocation à modifier les principes du droit commun. Dès lors que ceux-ci indiquent que les contrats ont effet entre les parties et elles seules, ils imposent de considérer comme demeurant définitivement vendeur et acquéreur celui qui a été partie à la vente et à l'achat, c'est-à-dire, dans l'hypothèse envisagée, le possesseur ou le détenteur. Cette règle exclut, en principe, la subrogation réelle, aussi bien au premier qu'au second degré, contrairement aux affirmations de Capitant et aux conclusions de Demogue.

659. — Cette conception restrictive ne concerne naturellement pas les ventes et les acquisitions conclues pour le compte du propriétaire. Celui-ci est alors devenu normalement créancier du prix ou propriétaire du bien de remploi. De même, les attributions d'indemnités dues par destruction de la chose, échappent aux règles restrictives qui limitent le jeu de la subrogation réelle dans le droit de propriété (172). Dans tous ces cas, le propriétaire du bien ancien peut certainement revendiquer le bien nouveau.

Mais il est capital de rappeler que cette revendication est étrangère à la subrogation réelle (cf. *supra,* N°s 522 et sui-

(172) En excluant les indemnités de la revendication, Capitant (cf. *supra,* N° 41) énonce donc une seconde règle, inexacte dans sa généralité. Les indemnités dues pour destruction de la chose naissent, en principe, dans le patrimoine du propriétaire. Celui-ci doit donc pouvoir les réclamer si elles ont, par erreur, été établies au nom d'une autre personne.

vants). Elle porte sur le bien de remplacement, simplement en vertu de l'acte qui, selon le droit commun, fait naître directement un droit nouveau dans le patrimoine du revendiquant (comp. *supra*, N^os^ 523 et suivants et 525 et suivants). La remarque revêt une importance pratique appréciable puisque la portée de la règle générale restrictive du jeu de la subrogation réelle, se trouve ainsi limitée aux fluctuations accomplies par le défendeur à la revendication pour son propre compte et que, notamment, la réclamation des indemnités par le propriétaire de la chose détruite se trouve hors du champ d'application de cette règle.

Mais ainsi limitée, la règle est certaine ; la subrogation réelle ne peut s'accomplir dans le droit spécial de propriété sans une décision spéciale strictement appliquée aux cas qu'elle prévoit. C'est de cette règle qu'il nous faut maintenant donner quelques exemples d'application.

B. — Applications.

660. — Une première application positive de ces principes a été faite à propos de la *révocation des libéralités pour inexécution des charges.*

Les auteurs modernes (173) n'ont voulu voir, en cette matière, que l'affectation impliquée par l'exécution de la charge, ignorant l'analyse même de la révocation conduisant le gratifiant, ou ses héritiers, à revendiquer le bien donné ou légué. C'est en se fondant sur cette idée d'affectation, à leurs yeux suffisante, qu'ils ont critiqué l'exigence par la jurisprudence d'une décision spéciale pour admettre la subrogation réelle dans l'exercice de la révocation (cf. *supra*, N^os^ 615 et 620).

Cette assimilation de la révocation à l'exécution de la charge procède d'une confusion. Les droits mis en œuvre dans ces deux hypothèses sont nettement distincts. Le droit à l'exécution de la charge est un droit de créance particulier que nous avons précédemment analysé et qui ne paraît pas être, par lui-même, techniquement attaché à l'individualité matérielle du bien donné ou légué (cf. *supra*, N^os^ 610 et suivants). Le droit invoqué par le gratifiant révoquant la donation n'est autre, au contraire, que le droit de propriété qu'il avait sur le bien ancien. La révocation est, en effet, une véritable résolution de la libéralité (174). Celle-ci disparaît

(173) Cf. notamment Saleilles, notes S. 1894. 2. 185 et S. 1903. 1. 321 ; Henry, thèse, pp. 235 et suivantes. Cette opinion est d'autant plus remarquable chez ce dernier auteur qui, avec Planiol, en revient à la théorie classique pour ce qui concerne la subrogation réelle dans le droit spécial de propriété (cf. *supra*, N° 31).

(174) Cf. Ripert et Boulanger, III, N^os^ 3694 et 3708.

rétroactivement et le gratifiant (ou ses héritiers) est réputé ne pas avoir perdu son droit de propriété, lequel se trouve normalement sanctionné par la revendication. C'est cette revendication qu'ouvre la résolution. Or, la propriété ne peut être rétablie que sur le bien donné ou légué, car elle n'a jamais existé que sur lui. Pour qu'elle porte sur un autre bien, elle doit être spécialement établie sur ce bien. Par conséquent, la subrogation réelle ne peut être admise dans l'exercice de la révocation, que sur une décision spéciale.

Aussi, faut-il approuver les deux arrêts de la Cour de Dijon du 30 juin 1893 et de la Cour de Cassation du 29 avril 1901 qui, comme nous l'avons déjà remarqué (cf. *supra*, N^os^ 623, 633 texte et note 133) se sont soigneusement conformés à ces principes, dont on peut citer un autre exemple d'application en droit positif. Ainsi, on a été amené à déduire, du silence de la loi du 9 mars 1941 sur le remembrement foncier, l'absence de la subrogation réelle dans l'exercice des actions réelles, *y compris les actions en résolution,* relatives à des immeubles cédés par voie de remembrement. Ces actions ne doivent pas s'exercer sur le bien acquis en échange par le défendeur après le remembrement (175). Et c'est précisément en ne reprenant pas les dispositions précédemment contenues dans la loi du 27 novembre 1918, que le législateur de 1941 a écarté la subrogation réelle dans l'exercice des diverses actions en résolution et en revendication, estimant que son silence seul suffisait à exclure une subrogation qui n'avait joué précédemment qu'en vertu de décisions spéciales.

Cette règle étant ainsi admise, il reste à justifier la dualité des régimes réservés à l'action en exécution de la charge et à l'action en révocation. Cette dualité peut choquer, car la révocation prévue par l'article 945 du C. civ. n'est que la sanction de l'inexécution de la charge. Dès lors, n'est-il pas illogique d'admettre que la charge doive être exécutée

(175) Cf., en ce sens, E. Becqué, étude, J.C.P. 1941, 1. 222 bis, N° 50. Sans doute, pourrait-on penser que l'article 27 de la loi du 9 mars 1941, invoqué par E. Becqué, ne concerne que la rupture du droit de suite du propriétaire sur les biens cédés par le défendeur (cf. *supra,* N° 200). L'article 28, seul relatif à la subrogation réelle proprement dite, est, lui, très général puisqu'il prévoit le report sur la parcelle nouvellement acquise de « tous les droits réels autres que les servitudes » nés du chef de l'acquéreur sur les parcelles abandonnées par lui. Pourtant, l'intention de ce texte de ne viser que les sûretés réelles et l'usufruit (cf. Becqué, *op. cit.,* N° 52) ressort particulièrement du fait que la loi du 27 novembre 1918 (art. 6) et le décret-loi du 30 octobre 1935 prévoyaient spécialement la subrogation réelle dans les actions en résolution et en revendication par des dispositions que la loi de 1941 a sciemment délaissées. E. Becqué, se fondant sur l'interprétation stricte de la subrogation, en refuse l'extension en cette matière (*op. cit.,* N° 50).

sur ce bien nouveau, mais ne soit plus, alors, assortie de sa sanction ? Cette discordance rompt certainement l'harmonie d'un ensemble. Mais il faut voir là une conséquence de l'absence d'organisation de la subrogation réelle dans notre droit. Il peut se faire que son insertion, seulement partielle, rompe la concordance de certaines règles. Cette rupture paraît, en tout cas, en cette occasion, moins inadmissible que l'attribution de plein droit au donateur d'un bien dont il n'a jamais été propriétaire, Il existe, sur ce point, une servitude technique qu'il paraît difficile de méconnaître. Et son exigence l'emporte certainement sur le souci d'assurer à la charge perpétuée, la permanence d'une de ses sanctions. Cette permanence relève plus de l'opportunité que de la technique stricte. Or, sur le plan de l'opportunité, il convient de remarquer que la discordance signalée ne présente pas de tellement graves inconvénients. La charge, même perpétuée sur le second bien, continue a être assortie d'autres sanctions efficaces. Le gratifiant ou ses héritiers conservent, tout comme le bénéficiaire lui-même une action tendant à l'exécution de de la charge (176). Et, à défaut de cette exécution, ils peuvent obtenir une indemnité sur la base de l'article 1184, al. 2, du C. civ. (177). Enfin, il faut rappeler que la dualité des régimes appliqués à l'exécution de la charge et à la révocation peut se trouver atténuée, lorsqu'il existe une décision spéciale de subrogation concernant l'exécution même de la charge. Le lien naturel entre ces deux matières permet alors d'appliquer la décision spéciale à la révocation, selon une interprétation souple mais raisonnable, du reste consacrée par la jurisprudence dans les conditions que nous avons précédemment étudiées (cf. *supra,* N° 644). La jurisprudence, au surplus, a eu d'autre part l'occasion d'admettre la dualité des régimes, en refusant la subrogation dans la revendication, alors qu'elle s'était accomplie dans l'exécution de la charge. Tel fut le cas des trois arrêts de la Chambre civile de la Cour de Cassation des 1er août 1910, 10 mars 1920 et 23 mars 1925 (cf. *supra, ibid, in fine*). Il est vrai qu'il s'agissait alors d'un droit de reprise exercé contre des congrégations et non d'une révocation pour inexécution des charges. Cette matière des reprises offre, du reste, un autre exemple d'application du principe qui commande le jeu de la subrogation dans le droit de propriété.

661. — Le jeu de la subrogation réelle, dans *l'exercice des reprises des biens donnés ou légués à des congrégations ou établissements culturels dissous,* soulève des questions voisines des précédentes. Il a donné lieu à une jurisprudence

(176) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 3695.
(177) *Op. cit.*

importante, qui complète celle relative à la révocation pour inexécution des charges dans l'élaboration d'une théorie générale de la subrogation réelle (cf. *supra,* N° 633 texte et notes 134 et 135). Nous avons déjà présenté les principales lois qui les prévoient (cf. *supra, ibid*). Il convient d'y ajouter l'article 18, al. 9, de la loi du 1er juillet 1901, relatif aux congrégations dissoutes pour défaut d'autorisation. Tous ces textes permettent aux donateurs ou à leurs héritiers, ainsi qu'à ceux des testateurs, de reprendre les biens donnés ou légués aux congrégations ou aux établissements cultuels dissous en application des différents régimes successivement instaurés par le législateur. Le jeu de la subrogation, dans ces reprises, dépend de la nature du droit ainsi reconnu aux disposants ou à leurs héritiers.

Cette question a été surtout discutée à propos des lois du 24 mai 1825, article 7, sur la dissolution des congrégations de femmes et du 7 juillet 1904, article 5, sur celle des congrégations enseignantes. Se fondant sur l'expression employée par ces textes stipulant que les biens donnés ou légués « feraient retour » aux gratifiants ou à leurs héritiers, on a voulu voir, dans le droit de ceux-ci, un droit de succession analogue au droit de retour légal (178). Cette opinion a été adoptée par la Cour de Cassation dans plusieurs arrêts (179) dont un seul, du reste, n'est pas totalement étranger à la subrogation réelle (180). Mais ce caractère même a été contesté par des auteurs qui ont, du reste, préconisé le jeu de la subrogation réelle de plein droit, simplement parce qu'elle apparaît dans la ligne politique des lois de 1825 et de 1904 (181) ou justifiée par les discussions relatives à l'élaboration de la la loi de 1901, rapprochée des précédentes (182), sans qu'une analyse technique de l'action en reprise soit proposée.

En réalité, à supposer même que les lois de 1825 et de 1904 aient entendu créer un droit de succession comparable à celui qui résulte de l'article 747 du Code civil (ce qui est fort contestable), il paraît difficile de considérer les disposants ou leurs héritiers autrement que comme des successeurs *aux biens*. Toute idée de continuation de la personne morale doit être écartée ici. Il s'ensuit qu'il est fort difficile de voir dans leur reprise une action portant sur une fraction *du patrimoine* de la congrégation dissoute. Lorsque la loi

(178) Cf. Demogue, note S. 1924. 1. 339.

(179) Civ., 26 juin 1918, et Req., 10 janvier 1923 (3e arrêt), tous deux rapportés au S. 1924. 1. 342 ; Adde, deux arrêts de Civ., 8 juin 1912, *op. cit.*, en sous-note a et b.

(180) Civ., 8 juin 1912, S. 1924. 1. 340, sous-note a (cf. *supra,* N° 310).

(181) Cf. Hugueney, note S. 1913. 1. 361 (cf. *supra,* N° 462).

(182) Cf. Mestre, note S. 1923. 1. 305.

confère à une personne un droit sur un bien, l'interprétation la plus normale conduit à considérer ce bien en lui-même, *ut singuli*. Cette interprétation ne peut être écartée qu'en vertu, soit d'une disposition certaine du texte, soit d'une organisation technique sûrement adoptée par le législateur (cf. *supra*, N° 649). Tel n'est pas le cas ici. Rien, dans les lois de 1825 et 1904, ne permet de considérer les gratifiants ou leurs héritiers comme des héritiers de la congrégation à la personnalité de laquelle ils participeraient. Et, une telle qualité ne saurait se présumer. Ils ne peuvent être, tout au plus, que des successeurs aux biens en vertu de la loi, tout comme des légataires à titre particulier qui n'ont de droit que sur un ou plusieurs biens du défunt, en vertu du testament. La raison qui permet l'extension du droit de retour légal (cf. *supra*, N° 596) fait donc défaut.

Cette conclusion s'impose bien plus encore si on se reporte aux autres lois. Celle de 1901 (art. 18, al. 9) parle simplement de « revendication ». Quant à la loi du 5 décembre 1905 (art. 9, § 3, modifié par la loi du 13 avril 1908) il faut en déformer la lettre pour y reconnaître une action en reprise particulière et distincte. Le texte, en effet, soumet au régime spécial et restrictif qu'il crée, notamment en ce qui concerne le délai d'exercice, « toute action en reprise, qu'elle soit qualifiée en revendication, en révocation ou en résolution... ». On ne saurait mieux dire que ces actions sont celles *du droit commun*. Dès lors, cette action en reprise, comme toute revendication, doit être considérée comme portant sur les biens ayant appartenu aux disposants, tout comme celle qui résulte de la révocation pour inexécution des charges (cf. *supra*, N° 660).

La solution la plus solide consiste donc à considérer les droits de reprise reconnus par ces divers textes comme liés à l'individualité matérielle de leur objet, conformément aux principes techniques courants (cf. *supra*, N° 649). Par suite, la subrogation ne doit pas y être admise sans une décision spéciale. Telle est la solution justement adoptée par la jurisprudence. Les arrêts de la Chambre civile du 1er août 1910 et de la Chambre des Requêtes du 10 janvier 1923, l'ont donnée pour le « droit de retour », prévu par les lois de 1825 et de 1904 (cf. *supra*, note 134). Et les deux arrêts de la Chambre civile du 20 mars 1920 et du 23 mars 1925 (*supra*, note 135) l'ont reprise pour la revendication prévue par la loi de 1905, exactement dans les mêmes termes que ceux employés le 1er août 1910, ces termes rejetant solennellement les conclusions de la théorie moderne (cf. *supra*, N° 619). Tous ces arrêts rejoignent ceux de 1893 et de 1901 (cf. *supra*, N° 660) pour former une construction homogène et justifiée : le droit de propriété invoqué par les gratifiants ou leurs héritiers,

portant sur un ou plusieurs biens déterminés, ne peut être conservé par le jeu de la subrogation réelle sans l'intervention d'une décision spéciale.

662. — Telle est la règle générale qu'il convient d'appliquer à la subrogation réelle dans toute revendication. Et lorsqu'il existe une décision spéciale, celle-ci doit être appliquée limitativement.

Ainsi, *l'article* 575, al. 2, *du C. com.*, qui permet au déposant de marchandises de revendiquer dans la faillite du dépositaire le prix non réglé de ces marchandises vendues par ledit dépositaire, doit être strictement limité aux hypothèses qu'il prévoit. Pourtant, la jurisprudence, plus sensible ici à l'équité qu'à la rectitude technique, a donné de ce texte une interprétation extensive (183). Cette interprétation a été fort justement critiquée par la doctrine invoquant le jeu restrictif de la subrogation réelle dans une telle hypothèse (184). Sans doute, ces critiques sont-elles inspirées par l'influence pure et simple de la théorie classique. Elles n'en sont pas moins fort justifiées en l'occurrence et on ne peut qu'y souscrire.

La même remarque s'impose à l'égard de *l'article* 460 *du Code pénal* qui déclare receleur celui qui détient non seulement les choses enlevées ou détournées, mais encore celles « *obtenues* à l'aide d'un crime ou un délit ». Sur la base de ce texte, on admet que la qualification *pénale* de receleur s'étend à la détention de choses acquises au moyen de la chose volée (185). Mais l'article 460 du C. pénal ne saurait être interprété comme permettant, sur le plan *civil*, la revendication par le propriétaire des choses ayant remplacé, entre les mains du receleur, la chose volée. On cite, comme ayant méconnu ces principes, un arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation du 7 février 1910 (186) qui paraît faire revivre une règle romaine permettant au propriétaire volé

(183) Cf. Req., 26 février 1908, D. 1909. 1. 5, note Percerou qui a étendu la revendication aux traites tirées sur les acheteurs et confiées à un banquier par un commissionnaire-vendeur ; Civ., 26 juillet 1941, D. 1944. 66, note Chiron qui a étendu l'article 575, al. 2, au dépôt de valeurs mobilières.

(184) Henry, thèse, p. 321-322 ; Percerou, note précitée ; cet auteur, reconnaissant le caractère désirable de cette subrogation réelle techniquement inadmissible en droit français, propose comme exemple législatif la loi allemande des faillites (art. 46) qui prévoit la subrogation *sur toute contre-valeur* des objets qui auraient pu être revendiqués ; Ripert, *Droit commercial*, N° 2775. Il convient de rappeler que cette interprétation restrictive devient injustifiée lorsque l'aliénation a eu lieu pour le compte du propriétaire et en son nom. Mais il ne s'agit pas alors de subrogation réelle (cf. *supra*, N°s 522 et suivants, 659).

(185) Cf. Henry, thèse, pp. 326 et 327.

(186) D. 1910. 1. 201, note Nast.

de revendiquer une chose autre que la chose volée contre celui qui, par dol et pour se soustraire à cette action, aurait cessé de posséder l'objet même du vol (*fictus possessor*) (187). A la vérité, cet arrêt paraît s'être laissé guider par la considération majeure de la fraude et de la règle *fraus omnia corrumpit* (188), ce qui interdit de lui attribuer une portée de principe à l'égard du jeu de la subrogation réelle. Toutefois, les observations présentées par la doctrine déniant la possibilité d'admettre le jeu de la subrogation en cette matière, en raison de la spécialité du droit de propriété, sont parfaitement fondées sur le plan de la théorie générale de la subrogation (189).

II. — JEU DE LA SUBROGATION REELLE DANS LES AUTRES DROITS REELS SPECIAUX

663. — La subrogation réelle doit se comporter dans les droits réels spéciaux, comme dans le droit de propriété et pour les mêmes raisons.

Ce principe, qui paraît évident, a pourtant été contesté par Planiol et M. Henry (cf. *supra,* N^{os} 31 et 615). Alors que ces auteurs prônent l'application stricte de la subrogation réelle dans le droit de propriété, en raison de la spécialité matérielle de celui-ci (190), ils libèrent cette application de toute entrave lorsqu'elle s'accomplit dans les autres droits réels, notamment dans l'hypothèque ou dans l'usufruit, car la création de ces droits traduit l'affectation des biens qui en sont l'objet à un but déterminé (191).

La différence ainsi établie entre la propriété et les autres droits réels spéciaux ne saurait être retenue. Nous avons déjà remarqué que l'affectation, en tant que but de la subrogation réelle, n'était pas douée d'une efficience particulière ; la subrogation se révèle tout aussi désirable en cas de « restitution » (cf. *supra,* N^{os} 416 et suivants, rappr. *supra,* N° 615 texte et note 114). En revanche, l'obstacle qui s'oppose à la réalisation de la subrogation dans le droit spécial de propriété, et que Planiol et M. Henry ont parfaitement signalé

(187) Cf. Henry, *op. cit.,* p. 328 ; Nast, *op. cit.*

(188) « Attendu que l'action en revendication est recevable non seulement contre celui qui, de mauvaise foi, possède encore les objets litigieux, mais aussi contre celui qui, par fraude, pour échapper à cette action, a cessé de les posséder et qui, en droit, *à raison de la fraude elle-même,* doit être réputé possesseur encore. »

(189) Henry, *op. cit.* ; Nast, *op. cit.*

(190) Cf. Planiol, note D. 1902. 1. 33 et surtout Henry, thèse, pp. 310 et suivantes ; v. aussi Planiol et Ripert, III, par M. Picard, N° 34.

(191) Cf. notamment Henry, *op. cit.,* pp. 278 et suivantes, 289 et suivantes, 300 et suivantes.

(192), existe tout autant à l'égard des droits réels spéciaux autres que la propriété. La spécialité matérielle n'est pas l'apanage exclusif du droit de propriété. On a une hypothèque sur tel immeuble individuellement déterminé, l'usufruit de tel domaine, tout comme on est propriétaire de telle maison ou de tel objet (comp. *supra*, N° 656). L'individualisation nécessaire de l'objet n'est pas une donnée technique particulière au droit de propriété ; elle est commune à tous les droits réels (193). Par conséquent, la réalisation de la subrogation réelle se révèle également impossible sans décision spéciale dans *tous* les droits réels, dans la mesure où tous ces droits sont attachés à l'individualité matérielle de leur objet.

664. — Il suffit de se reporter à quelques applications précises pour s'en convaincre.

Conçoit-on, par exemple, qu'une *sûreté réelle* puisse changer d'assiette pour la seule raison que le bien matériel qu'elle grèverait proviendrait du bien sur lequel elle était initialement constituée ? Un tel changement de plein droit est inadmissible si on l'envisage non pas dans l'exercice du droit de préférence où il constitue la réalisation même de la sûreté et se trouve ainsi essentiellement intégré à cette institution (cf. *supra*, N° 554 et *infra*, N^os^ 690 et suivants), mais dans « l'assiette » de la sûreté, c'est-à-dire, dans la détermination du *bien matériel* pouvant être l'objet de la sûreté considérée dans sa phase conservatoire (194). Une telle subrogation n'entre pas dans le fonctionnement normal de la sûreté réelle ; elle ne répond pas à son but essentiel. A la différence de la première, elle n'est pas institutionnelle. Rien ne permet de transporter ainsi une hypothèque, par exemple, d'immeuble en immeuble, même si le second provient du premier dans le patrimoine du débiteur. La spécialité du gage hypothécaire qui se marque nettement dans la constitution (art. 2129 du C. civ.) (195), et dans l'inscription (art. 2148) (196), s'oppose à cette subrogation de plein droit d'un immeuble à un autre (196 bis).

---

(192) Cf. Henry, thèse, p. 310.

(193) Cf. Ripert et Boulanger, I, N° 2605.

(194) Planiol, N° 2733.

(195) Si largement qu'on l'entende (cf. Planiol, II, N° 2803), cette spécialité existe *au fond* de façon rigoureuse ; et elle exclut l'hypothèque sur tout immeuble qui ne pourrait pas être compris dans la constitution. Cette règle de fond fait obstacle à la subrogation.

(196) Spécialité accrue par la loi du 1^er^ mars 1918 (cf. Planiol, II, N° 2961).

(196 bis) V. des applications de cette idée au droit de gage qui ne s'exerce pas sur les sommes provenues du recouvrement de la créance mise en gage et échue avant l'échéance de la créance

La même règle régit certainement *l'usufruit,* droit réel aussi attaché que tout autre à l'individualité matérielle de son objet. C'est pourquoi on affirme, fort justement, qu'il ne saurait porter, sans une décision spéciale (197), sur une indemnité allouée au nu propriétaire à raison de la destruction de la chose grevée d'usufruit : ainsi, l'indemnité d'assurance, due au propriétaire en vertu d'une police qui ne stipule pas spécialement qu'elle est conclue au profit de l'usufruitier, n'est pas frappée par l'usufruit (198). Cette règle est imposée par la spécialité matérielle du droit réel reconnu à l'usufruitier.

Les sûretés réelles, l'usufruit, comme tous les droits réels, portent sur une chose individuellement déterminée ; en cas de disparition de cette chose (199), ou en cas de perte du droit de suite sur elle (cf. *supra,* N^os^ 192 et suivants), seule une décision spéciale peut les reporter sur un autre bien. De ces décisions spéciales, il existe des exemples nombreux aujourd'hui ; les plus typiques et les plus importantes se trouvent contenues dans les lois relatives aux dommages de guerre et aux remembrements fonciers (cf. *supra,* N° 628).

665. — Encore, parmi les droits réels, convient-il de faire une place à part aux *servitudes.* Les servitudes existent sur un fonds déterminé, au profit d'un autre fonds également déterminé (cf. art. 637 du C. civ.). Elles résultent des situations respectives de ces deux fonds. Leur transport sur un autre fonds que le fonds servant perd toute utilité, voire toute signification, pour leur titulaire, car elles ne présentent d'intérêt, pour ce titulaire, que dans la mesure où il est propriétaire du fonds dominant ; et, à cet égard, l'individualité du fonds servant à une importance capitale. La conception subjective de l'individualité du droit conservé par subrogation réelle est donc incompatible avec la notion même de servitude. Il faut en conclure que la *subrogation est toujours impossible dans ce domaine,* même sur une décision spéciale.

C'est ce que la loi du 9 mars 1941 sur les remembrements fonciers a parfaitement vu en excluant les servitudes de la subrogation réelle qu'elle édicte (v. art. 28 et 29) (199). Elle est, sur ce point, plus complète que ses devancières (loi du 27 novembre 1918, art. 6 et décret-loi de 1935) qui prévoyaient le transport de tous les droits réels, sans distinc-

---

principale : Civ., 24 janvier 1905, S. 1905. 1. 113, note Lyon-Caen, D. 1905. 1. 493 ; au privilège du vendeur de meubles qui cesse normalement dès que la chose vendue a cessé d'être reconnaissable : Planiol, II, N° 2614.

(197) V., par exemple, le décret-loi du 8 août, 30 octobre 1935 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, art. 35, al. 3. Ce texte reporte le droit de l'usufruitier sur l'indemnité d'expropriation.

(198) Cf. Planiol et Ripert, III, par M. Picard, N° 865, *in fine*).

(199) Cf. E. Becqué, J.C.P. 1941. 1. 222 bis, N° 55.

tion. Toutefois, malgré la généralité de ces anciens textes, on avait exclu de leur empire les servitudes, cette exclusion dérivant de la nature des choses (200).

Article 2e. — JEU DE LA SUBROGATION REELLE INTEGREE DANS UNE INSTITUTION.

666. — L'application des décisions spéciales intégrant la subrogation dans une institution obéit à des règles sensiblement différentes. Sans doute, ces décisions spéciales continuent-elles à être soumises aux règles de l'interprétation stricte pour tout ce qui excède les limites de l'institution ; mais, à l'intérieur de ces limites, on doit admettre une véritable interprétation extensive de la décision spéciale (cf. *supra,* N° 645). Cette interprétation extensive constitue toute l'originalité et toute l'importance de cette variété de décision, puisqu'elle aboutit à une émancipation, certes limitée, mais pratiquement appréciable du jeu de la subrogation dans notre droit.

Il nous faut maintenant donner quelques exemples de telles décisions et de leur interprétation. Nous choisirons celui de la communauté conjugale, à propos de laquelle des discussions récentes ont donné à la question un renouveau d'intérêt, et celui du droit de préférence dans les sûretés réelles, où la notion de subrogation institutionnelle qui semble avoir été inaperçue, paraît susceptible d'élargir le jeu d'une subrogation réelle unanimement reconnu comme désirable, mais aujourd'hui limité, voire refusé, par des scrupules techniques partagés par la jurisprudence, mais excessifs. Ces deux exemples suffiront à montrer tout le parti à tirer de cette notion de subrogation intégrée dans une institution ; et il nous suffira d'ouvrir simplement au passage quelques aperçus sur d'autres subrogations institutionnelles.

1er POINT. — JEU DE LA SUBROGATION REELLE DANS LES PROPRES DE COMMUNAUTE

667. — La subrogation réelle est prévue dans les propres de communauté par trois textes : l'article 1407 du C. civ. déclare que l'immeuble acquis, pendant le mariage, à titre *d'échange* d'un immeuble propre, n'entre point en commu-

(200) Cf. Planiol et Ripert, III, par M. Picard, N° 428, p. 410, note 1.

nauté et est subrogé aux lieu et place de celui qui a été aliéné (201). Les articles 1434-1435 organisent le *remploi* des immeubles propres, remploi pour l'accomplissement duquel la vente entre époux est exceptionnellement permise par l'article 1595, 2°.

Ces dispositions, malgré leur importance pratique, sont fragmentaires et limitées dans leurs termes. Comment doit-on les interpréter ?

I . — POSITION DE LA QUESTION

668. — Nous avons précédemment remarqué (cf. *supra,* N° 593, *in fine*) que l'interprétation au regard des principes généraux de la technique conduirait à une application restrictive. La subrogation, dans ces hypothèses, consiste à transporter le droit de propriété divise de l'époux d'un bien sur un autre considéré *ut singuli.* La situation est, en effet, différente de celle d'un droit portant sur une universalité de droit ou de fait ou sur un groupe quelconque de biens. L'existence d'une masse globale de biens propres n'a, ici, aucune influence. L'époux invoque son droit de propriété contre son conjoint, lorsqu'il réclame son propre au moment de la dissolution de la communauté ; ou encore la femme oppose son droit propre soit à un créancier du mari prétendant saisir le bien, soit au mari lui-même, afin de limiter les pouvoirs de ce dernier sur ledit bien. Dans ces divers cas, le droit mis en œuvre ne porte que sur un bien individualisé et ne fait appel à aucun lien juridique pouvant le faire porter sur *l'ensemble de tous les propres.* Par conséquent, si l'on n'envisageait que la structure technique du droit invoqué, on se heurterait à la spécialité matérielle de son objet et la subrogation, conformément aux principes que nous avons établis, ne pourrait être admise que dans les cas prévus par la loi ou le contrat de mariage (clauses d'emploi ou de remploi). Il convient, au surplus, de rappeler que la destination des propres aux époux serait, par elle-même, et en l'absence de texte (cf. *supra,* N°s 617 et suivants), insuffisante pour faire jouer la subrogation dont elle constitue évidemment la raison d'être (202).

Mais le problème de l'interprétation de la subrogation dans les propres de communauté ne se pose pas ainsi. Il faut faire appel à la considération plus précise du but particulier que réalise la subrogation sous ce régime (cf. *supra,* N° 449). Dans les cas où elle fonctionne, la subrogation a un

(201) Ce texte est le seul, à notre connaissance, qui, en droit positif, emploie le terme subrogation au sens de subrogation réelle.
(202) Comp. Henry, thèse, pp. 186 à 190.

rôle plus compréhensif que de maintenir simplement une affectation personnelle de certains biens aux époux. Elle assure un *équilibre* entre les masses de biens qui sont en présence. Or, ce but d'équilibre apparaît, dans le droit moderne, comme inhérent au régime lui-même. Il constitue l'une des fins que le législateur entend satisfaire quand il organise le fonctionnement de la communauté. C'est ainsi que dans le cadre général de l'immutabilité des conventions matrimoniales (art. 1395 du C. civ.), la théorie des récompenses remédie aux passages injustifiés de valeurs d'un patrimoine dans un autre. La subrogation réelle, plus stricte, car elle *prévient* l'enrichissement injuste, tend au même but (203). C'est cette considération particulière au régime de communauté qui doit inspirer les principes d'interprétation. On peut, à juste titre, penser qu'en la prévoyant dans les deux hypothèses les plus importantes et les plus courantes, le législateur a entendu faire de la subrogation, l'une des pièces techniques propres à réaliser l'équilibre entre les trois catégories de biens, dans tous les cas où le maintien de cet équilibre est possible (rappr. *supra*, N° 624). C'est donc au regard des principes qui gouvernent le régime de communauté, et non au moyen des données de la technique générale, que la subrogation doit s'interpréter (cf. *supra*, N° 645).

669. — Mais, sur ce terrain, la question doit se préciser. Quelle place exacte reconnaître à ce but d'équilibre dans l'ensemble des règles qui président au fonctionnement de la communauté ? Ne trouve-t-on pas dans l'analyse même de cette institution d'autres principes hostiles au libre fonctionnement de la subrogation ?

La réponse affirmative paraît s'imposer. La subrogation apporte un appoint appréciable aux règles qui ont pour but de maintenir l'intégrité des patrimoines propres, et réalise ainsi, entre époux, une séparation des intérêts. Elle accentue donc les tendances individualistes qui semblent caractériser l'évolution contemporaine du régime matrimonial (204). Mais il n'est pas douteux que cette tendance ne traduit pas l'esprit essentiel du régime de communauté dont le but majeur, et, du reste, le plus rationnel (205), est, au contraire, de créer entre les époux une étroite collaboration. Sur le plan des principes régissant la composition active des patri-

---

(203) Nous verrons plus loin (*infra*, N° 680) pourquoi la subrogation n'a pas à intervenir pour conserver les biens communs.

(204) Cf. Planiol, Ripert, T. VIII, par M. Nast, p. 202.

(205) Cf. Pothier, *Traité de la communauté*, N°s 323 et 585. Avant le XVI^e^ siècle, le prix de la vente d'un immeuble propre tombait, en principe, en communauté, v. Loysel, *Institutes coutumières*, N° 116.

moines, cette considération se traduit par des règles significatives : la communauté est usufruitière des propres (art. 1401, 2°), et cet usufruit lui donne la propriété de toutes les sommes d'argent ; elle absorbe définitivement tout le fruit du travail et les économies des époux ; les acquisitions à titre onéreux, faites par l'un ou l'autre époux durant le mariage, tombent en communauté ; enfin, sur tout les biens pèse une présomption d'acquêts (206).

En présence de ces données essentielles, on peut se demander si les règles, protégeant les intérêts égoïstes de chaque époux, n'ont pas une importance réelle, certes, mais seconde et limitée n'exprimant pas le droit commun du régime. Le but d'équilibre entre les patrimoines, principalement réalisé par la théorie des récompenses et par la subrogation réelle, ne joue-t-il pas un rôle accessoire, de sorte que la subrogation serait logiquement limitée au domaine strict que lui a assigné le législateur ?

Si l'on pose le problème avec plus de précision, on voit que deux règles fondamentales sont susceptibles de faire obstacle au développement de la subrogation.

Le principe, d'après lequel les acquêts sont communs, surgit le premier pour entraver l'accomplissement de la subrogation, au premier comme au second degré. Nous avons établi (207) précédemment, que la fluctuation matérielle à propos de laquelle joue la subrogation, par la nécessité de faire apparaître une contre-valeur, doit se réaliser par des actes à titre onéreux. Dès lors, le bien nouveau acquis en échange ou en remploi d'un propre n'est-il pas, en principe, un acquêt et n'est-ce-pas par une disposition exceptionnelle et par suite limitée, que la loi le déclare propre ? Est-il bien certain que le législateur ait entendu faire fléchir la notion d'acquêt dans les cas où la provenance propre du bien acquis peut être établie ? (208).

Bien mieux, à cette question générale de principe, s'en joint une autre plus particulière. Dans tous les cas où la subrogation opère au second degré, c'est-à-dire lorsque l'acquisition est faite, comme c'est le cas le plus courant, au moyen des deniers provenus d'un propre, peut-on même parler de provenance propre ? Il est de règle, en effet, que tous les deniers, quelle que soit leur provenance, sont communs. Cette règle est générale. Son effet n'est-il pas d'attri-

(206) Rapprocher : Capitant, *Rev. trimestr.*, 1919, p. 395, « La masse commune, en principe, comprend tout ».

(207) Cf. *supra*, N° 281.

(208) Comp. P. Raynaud, note au S. 1949. 2. 1. : « Le régime de communauté admet facilement le passage d'un bien propre en communauté ; il n'accepte qu'exceptionnellement le mouvement inverse. »

buer à tous les biens acquis au moyen de deniers une provenance commune et non propre ? Or, il n'apparaît pas *a priori*, que le législateur ait entendu écarter cette règle chaque fois que l'origine des deniers serait propre (par exemple en cas d'indemnité). Les articles 1434 et 1435, de prime abord, paraissent bien déroger aux principes généraux du régime de communauté et permettre exceptionnellement aux époux, par une manifestation spéciale de leur volonté, de se créer un propre avec un bien qui aurait normalement dû être commun.

On conçoit, si l'on s'en tient à cet examen superficiel, que les articles 1407 et 1434 ne soient pas étendus, et qu'en dehors des prévisions strictes de la loi, les époux ne puissent stipuler la subrogation sans se heurter au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (209). Dans une telle conception, la frontière entre le domaine des intérêts propres et celui des intérêts communs, devrait suivre les contours des prévisions littérales de la loi, les préoccupations d'association prévalant sur les tendances égoïstes et les cantonnant dans le cadre légal.

Mais une étude plus poussée révèle le caractère erroné des prémices ainsi posées. D'une part, les buts de collaboration entre époux ne concernent pas les hypothèses dans lesquelles fonctionne la subrogation réelle qui ne saurait, par suite, trouver des obstacles dans ce domaine qui lui reste étranger. D'autre part, le but d'équilibre entre les trois patrimoines est aujourd'hui inhérent au régime de communauté, et la subrogation réelle a pour raison d'être d'assurer cet équilibre, chaque fois que l'occasion s'en présente. Tels sont les deux aspects négatif et positif du problème ; il nous faut les envisager successivement.

II. — L'ATTRACTION DES BIENS DANS LA COMMUNAUTE EST ETRANGERE AUX HYPOTHESES DE SUBROGATION REELLE

670. — Il convient, d'abord, de remarquer que, de toute façon, cette attraction ne s'exerce pas d'une façon rigide et absolue. Il suffit, pour s'en convaincre, de rappeler que certains biens peuvent être considérés comme propres en l'absence de texte (210). Ainsi, un assez grand nombre de meubles sont exclus de la communauté, malgré le silence de la loi. Hormis le cas discuté de la propriété littéraire et artis-

(209) En ce sens, v. Morel, note au S. 39. 1. 139, col. 1, § 2.

(210) En ce sens, Planiol et Ripert et Nast, VIII, N° 165 ; on cite, en sens contraire, une décision judiciaire isolée : Orléans, 31 mai 1907, D. 1911. 2. 225 ; note Ripert, S. 1909. 2. 113 ; note Demogue.

tique que la Cour de Cassation, depuis la célèbre affaire Lecocq (211), inclut dans la communauté, malgré de sérieuses résistances (212), tel est le sort des souvenirs de famille (213), des pensions alimentaires (214), des indemnités pour dommage corporel (215), de certaines rentes viagères (rente viagère constituée par un époux au profit de l'autre) (216), rente réversible (217). Il serait donc exagéré de voir dans la qualification propre d'un bien une qualité rigoureusement exceptionnelle au fond. Il peut exister, en dehors des textes, des motifs d'attribution de cette qualité. Dans les cas que nous venons de rappeler, la raison de l'exclusion de la communauté réside dans le caractère personnel de tous ces biens qui se rattachent à la personnalité humaine (218).

Les hypothèses de subrogation sont, certes, étrangères à cette idée, mais ne conduisent pas moins certainement à la reconnaissance du caractère propre du bien acquis. Si nous envisageons l'aspect négatif du problème, l'analyse plus poussée indique qu'il n'y a pas de raison pour que ce bien soit commun. Les deux obstacles possibles à la subrogation que nous avons relevés, ne sont, en effet, qu'une apparence. D'abord, la notion d'acquêt est exclusive de celle de subrogation. Ensuite, l'entrée en communauté de tous les deniers n'est aucunement hostile au maintien de la qualification propre de la valeur à travers la fluctuation matérielle.

---

(211) Civ., 25 janvier 1902, D. 1903. 1. 5, note A. Colin, S. 1902. 1. 305 ; note Lyon-Caen.

(212) Paris, 1er février 1900, S. 1900. 2. 121, note Saleilles, Seine, 1er avril 1936, D. 36. 2. 65, note Nast ; Paris, 23 février 1938, S. 38. 2. 169, note Esmein. Ce dernier arrêt (affaire Canal) a été cassé par Civ., 14 mai 1945, S. 1945. 1. 101, note Battifol, D. 1945. 1. 285, note Desbois, J.C.P. 1945. 2. 2835, note R. C. Dans le sens des Cours d'Appel, cf. Saleilles, *op. cit.*, Colin, *op. cit.* ; Thaller, Rev. trimestr., 1903, pp. 55 et suivantes ; Gény, *Science et technique en droit privé positif*, I, N° 66 ; Charmont, *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, 1901, pp. 65 et suivantes ; Léon Bérard, *thèse*, Paris, 1902 ; Palmade, *thèse*, Bordeaux, 1909 ; Renée Pierre-Le Paulle, « *Les droits de l'auteur sur son œuvre* », pp. 278 et suivantes.

(213) La solution était déjà donnée par Pothier, *Traité de la communauté*, N° 682.

(214) V. Planiol, Ripert et Nast, VIII, N° 192.

(215) Req., 23 février 1897, D. 98. 1. 125, S. 1900. 1. 521 ; Req., 13 avril 1921, D. 22. 1. 5 ; Trib. civ. Laval, 27 juillet 1932, D. 32. 2. 169.

(216) Civ., 26 octobre 1910, sol. impl. D. 1913. 1. 206, S. 1913. 1. 13.

(217) Req., 29 avril 1851, D. 52. 1. 25 ; Civ., 29 janvier 1894, D. 94. 1. 337, note Planiol, revue, 10 février 1909, D. 1911. 2. 1, note Capitant.

(218) V. Aubry et Rau, VIII, § 507, note 18 ; Labbé, notes S. 77. 1. 397, S. 89. 2. 221, S. 91. 2. 185. Il faut pourtant noter, à l'époque la plus récente, une certaine réaction contre l'attribution du caractère propre à certains meubles personnels, cf. Michel Cachia, *Les droits patrimoniaux à caractère personnel dans le régime de communauté*, Rev. trimestr. dr. civ., 1950, pp. 267 et suivantes.

A. — La notion d'acquêt est exclusive de celle de subrogation réelle.

1°) *Rappel de la notion d'acquêt.*

671. — L'idée maîtresse qui domine la notion d'acquêt, est celle d'une richesse acquise par l'un ou l'autre époux, grâce aux vertus ou aux efforts déployés en commun. La communauté se compose essentiellement des richesses qui sont le fruit de la vie commune et qui doivent subvenir aux besoins de cette vie commune. C'est ainsi que la base de cette fortune est constituée par les produits venant du travail de chaque époux (contribution personnelle des époux aux charges du mariage) et par les fruits et revenus des biens propres (contribution du capital de chaque époux aux mêmes charges) ; ces richesses doivent, en premier lieu, permettre au ménage de vivre: elles trouvent ainsi une affectation impérieuse. Le surplus accumulé, grâce à l'épargne réalisée en commun, constitue la véritable source de l'acquêt qui apparaît ainsi comme l'expression patrimoniale concrète du succès des efforts conjugaux et qui, comme tel, doit former le capital de la communauté. C'est, en ce sens, que l'on doit comprendre la formule classique suivant laquelle l'acquêt est le bien acquis premièrement à titre onéreux, deuxièmement, durant le mariage.

a) Il est vrai que la notion, avec cette précision, ne ressort pas très nettement de l'organisation de *la communauté légale*, puisque sous ce régime, toute la fortune mobilière des époux, aussi bien présente que future, tombe en communauté (art. 1401 du C. civ.). Mais, si l'on recherche la signification de cette disposition, on s'aperçoit, aisément, qu'elle n'infirme, en rien, la notion que nous avons dégagée. D'abord, elle n'avait pas, à l'époque où elle fut écrite, l'importance qu'elle a prise aujourd'hui. Il est devenu presque banal de rappeler qu'en 1804, comme dans l'ancienne France, les meubles étaient loin d'avoir la valeur économique qu'ils ont acquise dans le monde moderne. Ceux qui constituaient, dans l'ancien droit, quelque richesse appréciable, étaient le plus souvent considérés comme immeubles (ex. : rentes, offices ministériels). Ce n'était donc qu'une partie généralement insignifiante du capital présent des époux qui tombait en communauté. Et, l'on ne pouvait voir dans cette règle une réelle exception au principe que la communauté était essentiellement alimentée au cours du mariage. Rappelons, ensuite, que le législateur de 1804 n'a aucunement entendu modifier cette conception traditionnelle. Lors de la rédaction du Code civil, Malleville avait même proposé l'adoption de la communauté d'acquêts comme régime légal, précisément

parce que l'association des efforts et des fortunes ne peut commencer qu'au jour du mariage. Or, cette proposition n'a pas été repoussée comme contraire à l'esprit que l'on entendait imprimer au régime légal, mais simplement pour une raison éminemment contingente : la crainte qu'en l'absence de contrat de mariage constatant les apports, il ne soit, plus tard (au moment de la dissolution de la communauté), impossible de distinguer les meubles propres des meubles communs (219). Et s'il est vrai qu'aujourd'hui la mise en communauté du mobilier présent, est devenue étrangère à l'esprit de collaboration, il importe de remarquer que cette évolution n'a pas été prévue par le législateur et que, du reste, la pratique actuelle, dans la mesure où elle utilise le régime de communauté, recourt, de plus en plus, à la communauté réduite aux acquêts (220), ce qui indique que la conception moderne du régime n'a pas profondément varié (220 bis).

Quoi qu'il en soit, la règle d'après laquelle le mobilier présent tombe en communauté, si elle n'a pas une signification profonde, ne s'en impose pas moins. Elle aboutit à ce résultat, que sous le régime légal, la discrimination des biens propres et des biens communs, ne s'opère pas sur la base de la notion d'acquêt, qui s'estompe d'autant, tout au moins en matière mobilière. Mais si l'on analyse les principes qui dominent la qualification des immeubles, les idées maîtresses de la notion d'acquêt apparaissent nettement. Dans ce domaine, en effet, le bien n'est, en principe, commun que s'il est acquêt ; et l'on doit entendre par là l'immeuble acquis à titre onéreux pendant le mariage. Ce principe, certes, connaît des exceptions. Mais elles s'expliquent toutes par des raisons particulières et ne sont pas inhérentes au régime de communauté. D'une part, la mise des immeubles en communauté, ne coïncide pas exactement avec l'idée d'une acquisition à titre onéreux. Certains immeubles, acquis à titre onéreux, demeurent propres. Mais il en est ainsi, soit en raison de l'hostilité du législateur envers les indivisions, laquelle conduit à déclarer propres les parts indivisibles acquises dans un immeuble dont l'époux acquéreur était déjà propriétaire

---

(219) Fenet, XIII, pp. 549 et suivantes.

(220) Statistique 1898 (Annuaire statistique de la France), sur 82.346 contrats, 67.288 ont adopté la communauté réduite aux acquêts.

(220 bis) On peut en donner pour preuve les projets récents qui font de la communauté réduite aux acquêts le règime légal, tel le projet de loi voté par le Sénat le 13 juin 1939. Quant à la commission de révision du Code civil, elle s'est rangée aux mêmes idées sous des formes, du reste, différentes, en se divisant entre la communauté réduite aux acquêts et le régime nouveau de participation aux acquêts (cf. Travaux de la commission de réforme du Code civil, T. IV, p. 292).

par indivis (art. 1408, al. 1er), soit parce que l'acquisition constituant un arrangement de famille, se ramène à une transmission successorale anticipée (art. 1406). Dans ces cas, l'exclusion de la communauté s'explique donc par des motifs contingents spéciaux à chaque hypothèse particulière. Le principe demeure opposé : tous les immeubles acquis à titre onéreux, n'entrant pas dans les prévisions précédentes, sont communs (221) et il est incontestable « qu'en fait, presque tout l'actif immobilier de la communauté est acquis à titre onéreux » (222). Un immeuble acquis par donation ou legs, ne tombe en communauté que si le donateur ou le testateur l'a expressément stipulé (art. 1405) ; il en est ainsi, pour respecter la volonté de l'auteur de la libéralité et non pour obéir à une donnée du régime de communauté. Du reste, les articles 1402, 1404 et 1405 posent bien en principe que l'immeuble acquis à titre gratuit est propre, notamment s'il est échu par succession *ab intestat*. D'autre part, enfin, l'article 1404, al. 2, stipule que l'immeuble acquis avant le mariage, mais après le contrat de mariage, entre en communauté. Cette exception à la règle que les immeubles antérieurs au mariage restent propres est sans portée. Elle est inspirée par le souci d'éviter qu'un des futurs époux, après le contrat de mariage, ne transforme tout ou partie de sa fortune mobilière en immeubles, au détriment de son futur conjoint. L'art. 1404, al. 2, n'atteint donc, en aucune façon, l'idée générale que le capital immobilier antérieur au mariage ne devient pas commun.

De cet examen, la règle de principe se dégage donc sans être sérieusement obscurcie : sont communs les immeubles acquis durant la communauté, à titre onéreux, c'est-à-dire au moyen des économies du ménage. Et telle est bien dans la pratique, la composition presque exclusive des acquêts immobiliers.

Toutefois, l'idée que dans l'acquisition à titre onéreux, source de l'acquêt, il faut voir le fruit de la collaboration conjugale, pour être réelle, n'est pas énoncée formellement par la loi sous le régime légal. La loi est plus explicite lorsqu'elle réglemente la composition de la communauté réduite aux acquêts.

b) De fait, si l'on cherche dans la loi les meilleures précisions sur la notion d'acquêt, c'est dans l'art. 1498 du C. civ. qu'on les trouve. Le régime de *la communauté d'acquêts* résulte d'un contrat de mariage. Aussi, les rédacteurs du code n'ont-ils pas redouté ici les difficultés qui auraient surgi sous le régime légal, pour prouver la consistance et la valeur

(221) V. Planiol, Ripert et Nast, T. VIII, N° 253.
(222) *Op. cit.*, p. 300, note 1.

du mobilier présent (223). Il était possible de faire prévaloir la véritable raison de la mise des biens en communauté : sont communs tous les biens, tant meubles qu'immeubles, qui constituent des acquêts. Restait alors à définir ce que l'on entendait par là, puisque, de cette notion allait dépendre la qualification de tous les biens. A cette nécessité, l'article 1498, al. 2 répond de la manière la plus significative, en précisant que dans l'acquêt, il faut voir le bien ou la valeur « provenant tant de l'industrie commune que des économies faites sur les fruits et revenus des biens des deux époux ». On ne peut trouver d'expressions plus compréhensives pour indiquer que l'acquisition, faite à titre onéreux durant le mariage, est constitutive de la notion d'acquêt dans la mesure où elle représente une richesse provenant de la collaboration des époux et formée par les économies accumulées, les charges du ménage étant préalablement satisfaites.

En cette matière, les règles positives traduisent fidèlement cette idée maîtresse, et s'appliquent non seulement aux immeubles, comme sous la communauté légale, mais encore aux meubles. D'une part, l'acquêt réside essentiellement dans une valeur acquise au cours du mariage (art. 1498). D'autre part, l'acquisition à titre gratuit, même mobilière, est tout aussi exclusive de la notion d'acquêt. Ici encore, l'article 1498 est beaucoup plus compréhensif que l'art. 1401 - 1°. Mais les dispositions exceptionnelles des articles 1406 et 1408 s'appliquent également aux meubles sous le régime de la communauté d'acquêts, pour les mêmes motifs particuliers qui les justifient sous la communauté légale pour les immeubles, et sans que l'on doive y attacher plus d'importance (224).

Ainsi, les textes du Code civil permettent de dégager avec précision la notion d'acquêt, dont la source se trouve dans les économies réalisées grâce à la collaboration conjugale. Toute valeur ayant une autre origine n'est pas un acquêt. Cette analyse suffirait donc à montrer l'antinomie qui existe entre l'acquêt et la contre-valeur d'un bien propre, telle que la met en œuvre la subrogation. Toutefois, la jurisprudence, pendant le cours du XIX[e] siècle et au début du XX[e], a donné, avec l'approbation de presque toute la doctrine, bien des solutions obscurcissant la notion d'acquêt et révélant une tendance sans cesse croissante en faveur des propres. Dans cette évolution, la subrogation réelle devait tout naturellement trouver une place, d'autant plus accueillante, qu'elle résultait davantage d'aspirations individualistes générales, que d'une analyse rigoureuse des deux notions. Mais les arrêts les plus récents ont eu l'occasion de rappeler les principes directeurs que nous avons dégagés. Il faut tenir

(223) V. *supra*, a).
(224) Cf. Planiol, Ripert et Nast, VIII, N[os] 413 et *supra* (1).

compte de cette jurisprudence si l'on veut préciser la place exacte et le rôle qu'occupe la subrogation dans le fonctionnement du régime de communauté.

672. — La notion d'acquêt, se ramenant en thèse générale à celle d'acquisition à titre onéreux, durant le mariage, devait risquer de perdre son unité dans tous les cas où une acquisition nouvelle, n'étant au fond que l'accessoire d'un propre, il paraîtrait souhaitable de l'incorporer à ce propre.

A cet égard, aucune difficulté sérieuse ne surgit tant que l'on recherche la qualification des *produits* des propres. Le produit se distingue aisément de l'acquêt. Par son caractère exceptionnel et apériodique, il s'oppose aux revenus. Sa provenance se trouve, sans cotestation possible, dans le capital propre dont il constitue soit un excédent (ex. : les lots et primes échus à des valeurs mobilières, le trésor), soit une simple transformation matérielle (ex. : les matériaux d'un édifice démoli). Par son importance enfin, il se présente comme l'accessoire du propre qui l'a engendré. Il est donc normal qu'il soit propre comme le bien dont il provient et auquel il s'incorpore. Ce n'est là qu'une application aux patrimoines propres de l'idée d'accession.

Mais il s'est avéré beaucoup plus délicat de respecter la notion d'acquêt lorsqu'il s'est agi de fixer le sort des *accroissements* des propres. Cette question revêt une importance plus grande encore sous la communauté d'acquêts, que sous le régime légal, puisque l'article 1498, al. 2, invite à opérer une dissociation constante entre le capital propre aux époux et les bénéfices en provenant. Or, les plus-values trouvent généralement leur source dans l'accumulation de ces bénéfices.

La question, en effet, ne fait pas de doute s'il s'agit d'accroissement fortuit : celui-ci doit être considéré comme propre, aucun principe ne permettant d'y voir un acquêt (225). Il devrait, en principe, en être différemment d'un accroissement réalisé à titre onéreux. En ce cas, en effet, la plus-value du propre consiste, soit dans une accumulation de bénéfices directement incorporés au capital, soit dans une acquisition toute nouvelle (agrandissement), réalisée au moyen de ces bénéfices ou même des économies du ménage. Tout conduit donc à voir, dans un tel accroissement, un acquêt. Mais à cette idée, incontestablement exacte, s'en oppose une autre non moins respectable : le souci de conserver l'unité des propres.Bien souvent, il n'est pas désirable de faire entrer la plus-value en communauté, et d'imposer ainsi une dualité de régime juridique au bien amélioré. L'équité

(225) V. p. ex. Planiol, Ripert et Nast, T. VIII, N° 416, p. 453.

du reste, commande souvent la solution contraire. Serait-il normal, par exemple, que les améliorations apportées à un fonds de commerce, grâce aux bénéfices réalisés par l'époux commerçant, fûssent communes ? Pour échapper à ce résultat, c'est à la théorie de l'accessoire qu'on doit encore recourir (226). La jurisprudence, qui autrefois marquait une certaine hostilité au rejet, en ce cas, de la notion d'acquêt (227), s'y est montrée par la suite très favorable. C'est ainsi que la plus-value d'un fonds de commerce propre a été exclue de la communauté (228), ainsi que le droit de chaque époux sur le fonds de réserve constitué dans les sociétés, grâce aux bénéfices sociaux non distribués aux associés (229).

Ces décisions, qui après quelques hésitations entre les deux tendances, ont opté pour la défense des intérêts propres, sont justifiables. Elles font, certes, échec à la notion d'acquêt. Mais cette dernière ne doit pas être entendue de manière absolue et peut s'assouplir dans le dessein de conserver aux propres une unité juridique correspondant à leur unité économique. La théorie de l'accession ne traduit pas une autre nécessité, et le législateur lui-même y invite, puisque dans l'article 1437 du C. civ., il n'ouvre à la communauté en cas d'amélioration d'un propre, qu'un droit à récompense.

Mais, une fois engagée dans cette voie, la jurisprudence ne devait pas manquer d'aller trop loin et de méconnaître purement et simplement la notion d'acquêt. La théorie de de l'accessoire ne fournit pas, en effet, un critérium sûr de conciliation entre l'attraction des biens nouveaux dans la communauté et la défense de l'unité économique des patrimoines propres. Et l'article 1437, sur lequel on a insisté (230), ne saurait couvrir les exagérations auxquelles engage la théorie de l'accessoire. Ce texte ne concerne pas la qualification des biens, mais les sources des récompenses. Il déclare simplement que lorsqu'une amélioration est faite à l'aide des sommes prélevées sur la communauté et que cette amélioration reste propre, la communauté a droit à une récompense. L'article 1437 admet donc qu'une telle amélio-

(226) *Op. cit.*, N° 417 ; v. aussi note Raynaud, citée *supra*, note 208, et Vouin, note J.C.P. 1950, II, 5438 bis.

(227) V. Paris, 8 avril 1869, D. 69. 2. 236, S. 69. 2. 205, pour la plus-value d'un office ministériel ; Req., 25 octobre 1909, D. 1910. 1. 257, note P. Binet, S. 1911. 1. 361, note Naquet pour la plus-value d'un fonds de commerce propre.

(228) Bordeaux, 4 juin 1928, et Paris, 5 juin 1928, D. 29. 2. 133 ; Rennes, 9 juin 1928, D. 29. 2. 129, note de M. Nast qui approuve la solution.

(229) Civ., 5 février 1890, D. 90. 1. 300, S. 93. 1. 471, Trib. civ. Seine, 1er avril 1922, D. 23. 2. 45 ; Montpellier, 19 octobre 1926, D.H. 26. 557, et les observations de M. Nast, *Rev. crit. de législation*, 1928, p. 145. Voir aussi Binet, *op. cit.*, Naquet, *op. cit.*, Gaudemet, *Rev. trim. dr. civ.*, 1910, p. 162 ; 1927, p. 419.

(230) Planiol, Ripert et Nast, T. VIII, N° 417.

ration puisse, dans certains cas, rester propre, mais il ne détermine pas ces cas et n'entend aucunement affirmer qu'ils constituent la règle. L'adage « *accessorium sequitur principale* » ouvrait donc la porte à des faveurs excessives accordées aux intérêts propres.

Ainsi, la Cour de Cassation, dans un arrêt de la Chambre des Requêtes du 24 juin 1903 (231), avait déclaré propres les actions nouvelles acquises par un époux en vertu d'un droit de préemption attaché à des actions anciennes propres. La solution se fondait sur le fait que le droit de préemption n'est qu'un accessoire des actions anciennes, motif qu'approuvaient certains auteurs (232). Ainsi comprise, cette décision obscurcissait la notion d'acquêt. Car si le droit de souscription est un accessoire de l'action ancienne qui se détache de celle-ci pour s'incorporer à l'action nouvelle (233), cette dernière ne présente pas moins tous les caractères de l'acquêt dans toute la mesure où elle est acquise avec des deniers n'ayant aucune origine propre. C'est ce que la Chambre civile de la Cour de Cassation a nettement rappelé dans ses arrêts du 18 décembre 1935 et du 6 octobre 1941 (234). Celui de 1935, notamment, tout en confirmant que « le droit de souscription prend le caractère propre ou commun des actions anciennes dont il constitue l'accessoire » ajoute que « *les titres eux-mêmes,* achetés en vertu du droit de préemption ou d'option, moyennant des sommes d'argent sorties de la caisse de la communauté d'acquêts, ne sauraient échapper à la règle de l'article 1498 ». La notion d'acquêt se trouve ainsi rétablie dans toute sa netteté (235). Nous avons vu, en étudiant la contre-valeur (cf. *supra,* N° 286 c), que cette solution, en apparente contradiction avec celle de 1903, la complète, en réalité, à la lumière des circonstances à propos desquelles les arrêts ont été rendus. On peut penser que dans ces trois arrêts, la Cour de Cassation, qui ne s'explique du reste pas nettement sur ce point, fait prévaloir l'origine propre ou commune des actions nouvelles, selon que la valeur propre ou commune qu'elles contiennent, excède ou non la moitié de leur valeur totale. Ce système majori-

---

(231) Req., 24 juin 1903, D. 1904. 1. 591, S. 1911. 1. 361 en sous-note.

(232) Aubry et Rau, VIII, § 522 texte et note 10 bis ; Planiol, Ripert et Nast, T. VIII, N° 419, p. 459.

(233) Cf. P. Kayser, J.C.P. 1949, 1. 800, N°s 4, 5 et 7.

(234) Civ., 18 décembre 1935, D. 1936. 1. 129, note Fréjaville, S. 1937. 1. 57, note P. Durand ; Civ., 6 octobre 1941, D.A. 1942, J. 33 ; J.C.P. 1942, II, 1794, note Radouant.

(235) Les arrêts de 1935 et 1941 déclarent les actions nouvelles communes pour le tout, ignorant ainsi, dans cette qualification, le rôle du droit de souscription propre qui n'intervient que pour ouvrir à l'époux un droit de récompense contre la communauté.

taire aboutit simplement à ignorer ou à faire prévaloir la notion d'acquêt selon la théorie de l'accessoire. Selon que la valeur propre contenue dans l'action nouvelle est ou non prépondérante, l'action est ou propre ou acquêt. Ainsi comprise, la jurisprudence applique la théorie de l'accessoire à la notion d'acquêt qui ne s'en trouve pas altérée.

Il devait appartenir à deux arrêts récents rendus par la Cour de Poitiers, le 4 juin 1940 (236) et par celle de Douai, le 26 janvier 1948 (237), en matière d'*agrandissements* d'immeuble propres, de donner une formule générale qui résume tout le sens de l'étude sommaire que nous venons d'esquisser. « En réalité, dit notamment la Cour de Poitiers, la question qui se pose est celle de savoir si l'acquisition faite par l'époux constitue simplement un acte de bonne administration (du bien propre), ou s'il s'agit de la réalisation *d'une acquisition toute nouvelle* ». Certes, dans chaque cas d'espèce, des difficultés surgiront pour faire une telle appréciation. Mais le critérium distinctif de la notion d'acquêt est nettement posé dans son principe (238). Le souci d'assurer l'unité économique des propres ne saurait le faire méconnaître. Cette unité ne peut être réalisée que dans la mesure où le bien nouveau ne constitue pas une acquisition vraiment nouvelle (239).

Il importe, au surplus, de relever cette formule, car elle indique la manière dont la jurisprudence récente doit être comprise. Ces arrêts ne marqueraient-ils pas, en effet, l'aube d'une évolution nouvelle en faveur des intérêts communs, mettant l'accent sur l'esprit de collaboration qui anime le régime de communauté et succédant ainsi aux tendances « séparatistes » sur lesquelles nous avons déjà insisté ? Or, l'on pourrait augurer que cette nouvelle orientation risque d'établir un courant défavorable au jeu de la subrogation

---

(236) D.H. 40. 155 ; Rev. trimestr., 1941, p. 261, avec les observations de Mme Lagarde.

(237) Cf. S. 1949. 2. 1, note P. Raynaud, J.C.P. 1950. II. 5438 bis, note Vouin.

(238) Les difficultés dans l'application du principe apparaissent à la comparaison des deux arrêts. La Cour de Poitiers a admis la possibilité de déclarer propres des immeubles contigus à un propre, alors que l'arrêt de Douai a fait tomber en communauté des acquisitions analogues, celles-ci ne pouvant remplir les qualités requises par la notion d'accessoire (cf. *supra*, N°s 319 et 320). En réalité, comme on l'a judicieusement signalé (cf. Vouin, note précitée, § II, a) si ces deux arrêts manifestent deux tendances différentes, leurs divergences, à cet égard, s'éclairent par les situations de fait qu'ils avaient à juger. Il convient de retenir, ici, que les deux solutions s'appuient sur un principe commun : a le caractère d'acquêt l'acquisition nouvelle. C'est seulement sur l'appréciation de fait de ce caractère nouveau que la divergence peut se manifester.

(239) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 328.

réelle. Une telle conclusion serait certainement erronée. Que ces arrêts ménagent une place plus grande à l'esprit traditionnel de collaboration, cela est bien possible, encore qu'une certaine prudence soit de mise dans de telles généralisations. Mais ce qui est sûr, c'est que cette tendance ne saurait toucher le jeu de la subrogation réelle dont le domaine est différent. La jurisprudence récente ne fait, en réalité, qu'appliquer les principes les plus certains qui dominent la notion d'acquêt. C'est dans cette notion qu'il faut chercher la mesure de l'esprit de collaboration lorsqu'il se traduit dans les règles régissant la composition des patrimoines. Et la notion d'acquêt, telle que nous l'avons dégagée, même rigoureusement appliquée, ne saurait affecter le jeu de la subrogation réelle. C'est ce que l'étude qui précède va maintenant nous permettre de démontrer.

2°) *La notion d'acquêt et la subrogation réelle.*

673. — Une vue d'ensemble des recherches précédentes permet de caractériser l'acquêt par les éléments suivants. Au point de vue juridique, la notion d'acquêt s'écarte, d'une part, de toute idée de bien présent au moment du mariage : l'acquêt est essentiellement un bien futur, acquis pendant la durée du mariage, sans attache avec les capitaux propres antérieurs au mariage, d'autre part, de toute idée d'acquisition à titre gratuit : l'acquêt est avant tout un bien acquis à à titre onéreux par les époux, soit ensemble, soit séparément. Ces règles traduisent une notion économique. L'acquêt ne saurait trouver sa source dans un capital propre. Sa provenance est essentiellement commune, car elle se trouve dans les économies réalisées par les époux sur les fruits de leur contribution, soit personnelle (produit de leur travail), soit en capital (revenus des biens propres), aux intérêts communs. L'acquêt représente donc la capitalisation de ces économies. Avant lui, il n'y avait que des revenus. En tant que capital, il constitue une valeur « toute nouvelle », comme l'a dit la Cour de Poitiers (240). Tel est bien le caractère fondamental de l'acquêt. Il s'ensuit que ce bien apparaît dans la communauté à la suite d'une acquisition à titre onéreux. Mais il faut bien voir que toute acquisition s'opérant par un acte juridique à titre onéreux, ne donne pas toujours un acquêt, car le bien qu'elle procure ne constitue pas nécessairement une valeur nouvelle. Ainsi, nous l'avons vu, l'accroissement d'un propre, encore que réalisé le plus souvent à titre onéreux, n'est pas un acquêt parce qu'il demeure attaché au bien propre dans la mesure où l'on peut estimer qu'il en constitue l'accessoire.

(240) Poitiers, 4 juin 1940, *précité*.

A fortiori, doit-il en être de même du bien provenant d'un bien propre et venant combler, dans le capital de l'époux, la place laissée vide par la disparition de ce bien propre. On voit aisément que la notion d'acquêt est complètement exclue du fonctionnement de la subrogation réelle. Certes, au point de vue juridique, la fluctuation matérielle, occasion de la subrogation, se réalise par des actes à titre onéreux dans la mesure où elle doit faire apparaître une contre-valeur. Mais cette nécessité ne doit pas faire illusion. La subrogation réelle est radicalement opposée à la notion d'acquêt, car elle est la négation même de toute idée de valeur nouvelle. Qui dit subrogation réelle, dit conservation d'une valeur ancienne. La subrogation réelle, dans les propres de communauté transporte sur un bien matériel nouveau, individualisant la même valeur que le bien ancien, le droit propre *originaire* puisant sa source dans le contrat de mariage (cf. *supra,* N° 524). La subrogation est essentiellement exclusive d'un droit propre nouveau. L'antinomie avec la notion d'acquêt ne saurait donc être plus marquée. Ce n'est que par une incidence de l'idée d'accessoire que l'on peut dénier à l'accroissement, malgré sa provenanc, le caractère d'acquêt. Pour le bien subrogé, la nuance n'existe pas. Foncièrement opposé à l'acquêt, on doit le déclarer propre, sans plus d'hésitation que l'on en manifeste à propos du produit d'un propre, lequel n'est propre qu'en vertu de l'idée d'accession (cf. *supra,* N° 672).

Cet esprit, rigoureusement conservateur de la subrogation, nous permet, d'emblée, d'écarter un autre obstacle qui pourrait sembler devoir en entraver le jeu : la règle d'après laquelle, sous la communauté légale, tous les meubles, même non acquêts, sont communs. Le mobilier propre étant exceptionnel, la subrogation, dans ce domaine, ne devrait-elle pas être exclue, car non prévue par la loi. Il est facile d'apercevoir l'erreur qu'entraînerait une telle conception. Erreur non seulement sur le plan du droit positif, qui comme nous le verrons (cf. *infra,* N° 681) est franchement contraire, mais encore erreur de raisonnement. La subrogation ne procure pas une valeur mobilière nouvelle. Par le fait même que la provenance propre est officiellement prouvée, la subrogation conserve une valeur propre. Donc, s'il est vrai que les meubles propres constituent une exception, sous le régime de la communauté légale, il est non moins exact que la subrogation ne fait que conserver cette exception sans en créer une nouvelle. Si des restrictions devaient être apportées à la qualification propre, elles devraient s'appliquer au meuble ancien aliéné. Mais à partir du moment où le caractère propre de ce meuble a été admis, la subrogation doit jouer normalement, car elle ne fait que maintenir ce caractère.

Ainsi, le rôle conservateur de la subrogation prend ici toute son importance et toute sa signification. Mais cette fonction conservatrice suppose naturellement la provenance propre du bien acquis en échange ou en remploi d'un propre. Dans la subrogation au premier degré, cette provenance résulte de l'acte lui-même. Dans la subrogation au second degré, elle est établie par les modes de preuve que nous avons étudiés (cf. *supra,* N[os] 359 et suivants), qui sont prévus par les articles 1434 et 1435 du C. civ. Or, sur ce point, une objection de principe va apparaître. Tous les deniers étant communs, un bien acheté peut-il, en dehors du cas prévu par la loi, être considéré comme provenant d'un propre ? Dès lors, la condition fondamentale qui confère à la subrogation réelle son rôle conservateur (la provenance propre), ne va-t-elle pas se heurter aux principes qui gouvernent l'organisation du régime de communauté ?

C'est cette seconde question qui mérite d'être envisagée.

B. — La règle d'après laquelle tous les deniers sont communs n'est pas hostile a la subrogation réelle.

674.— L'objection se précise facilement. Il est de principe indiscutable que tous les deniers sont communs et, comme tels, remis à la libre administration du mari, quelle que soit leur origine. En tant que biens, leur qualification est totalement soustraite à la considération de leur provenance. Dans ces conditions, l'article 1434 qui, précisément, tient compte de l'origine des deniers provenus d'une vente antérieure, ne revêt-il pas un caractère exceptionnel et ne doit-il pas, en conséquence, être appliqué au seul cas par lui prévu (vente suivie de rachat) ? Si l'on interprétait ainsi cette disposition, tout bien acquis avec des deniers, même provenus d'un propre (ex. : indemnité de destruction d'un propre), même remployés en observant les formalités prévues par la loi (double déclaration dans l'acte d'acquisition) serait commun. Hors des précisions de l'article 1434, il ne serait pas possible de parler des deniers propres et d'en tenir compte en cas d'acquisition ultérieure.

Il est aussi facile de réfuter l'objection que de la déceler. La conception que nous venons de présenter accorderait certainement une importance et une rigidité bien trop grandes à la mise en commun des deniers. La règle est certaine, mais encore faut-il y apporter des nuances. Il ne faut pas confondre, en effet, les deniers envisagés comme une variété particulière de biens matériels et la valeur qu'ils contiennent. Cette dernière n'est pas nécessairement commune. Les deniers peuvent, certes, représenter une valeur qui, par elle-même, tombe en communauté. Cette valeur appar-

tient alors par indivis aux deux époux et se partage par moitié à la dissolution de la communauté. Mais il arrive aussi fréquemment que les deniers contiennent une valeur qui devrait rester propre (ex. : le prix versé provenant de la vente d'un propre). Evidemment, comme on ne peut la dissocier des deniers qui la contiennent, elle tombe en communauté. Mais ce résultat est un pis aller, dû à la nature des choses. La communauté est usufruitière des propres et cet usufruit s'exerce sur des deniers dans les conditions établies par l'article 587 du C. civ. (quasi-usufruit) : la communauté est provisoirement propriétaire de la somme d'argent. Mais la valeur sera intégralement restituée à l'époux qui l'appréhendera par un droit de créance au moment de la dissolution du régime matrimonial. On voit donc que la communauté n'est pas toujours propriétaire des deniers au même titre. Lorsque ces deniers contiennent une valeur propre, la communauté n'en a la propriété qu'en raison des règles particulières de l'usufruit s'exerçant sur des choses non individualisées. C'est bien l'absence d'individualisation, raison purement matérielle, qui est à l'origine de la règle et non un motif inhérent aux principes du régime de communauté. Si cette individualisation n'a pas lieu par la suite, on ne veut pas, néanmoins, que l'époux perde la moitié de la valeur que représentait le bien tombé en communauté. La loi soustrait cette valeur au partage et accorde au conjoint initialement propriétaire, un droit de créance contre la communauté. C'est un pis aller qui tient à nos conceptions techniques d'après lesquelles le droit réel ne porte pas sur des choses non individualisées (cf. *supra,* N°s 580 et suivants).

Dès lors, quand aux deniers succède un bien individualisé et que la provenance présente toutes garanties de véracité grâce au respect des formalités de l'article 1434, l'accident qui avait fait attribuer les deniers en propriété à la communauté, en vertu de l'article 587 du C. civ., a cessé. Comme dans tout remploi, la rupture dans l'individualisation de la valeur est rétroactivement niée (cf. *supra,* N° 587). Cette analyse s'applique exactement au remploi des propres de communauté. Un bien nouveau étant apparu, il n'y a plus de raison, en effet, de faire jouer les règles du quasi-usufruit. L'usufruit ordinaire doit fonctionner à nouveau, ce qui suppose que le droit de propriété de l'époux soit pleinement reconnu. Il ne serait pas conforme à l'esprit du régime de communauté d'en décider autrement. Ici encore, il convient de remarquer que l'attraction des biens dans la communauté ne doit pas avoir pour résultat de transformer des valeurs propres en valeurs communes. Certes, la théorie des récompenses corrigera le déséquilibre. Mais cette théorie n'est elle-même qu'un palliatif qui suppose qu'aux deniers n'a pas

succédé un bien matériel individualisé. On utilise ce moyen lorsqu'il est impossible de trouver mieux. Et si aux deniers succède un bien matériel, ce n'est pas à la théorie des récompenses qu'il faut recourir, mais à la subrogation réelle, laquelle, à tous égards, respecte beaucoup plus scrupuleusement l'équilibre entre les patrimoines. Dès l'instant que l'on a pu suivre, à travers les fluctuations de forme, une valeur propre et qu'on peut l'identifier, on doit lui conserver ce caractère, même si l'on ne se trouve pas dans l'hypothèse exactement prévue par l'article 1434. Ce texte n'est impératif que dans la mesure où il impose des règles de preuve de la provenance propre (double déclaration au moment de l'acquisition). C'est là, du reste, son seul objet comme nous l'avons démontré (cf. *supra,* N° 368 et suivants). Pour connaître la règle de fond, ce sont les principes du régime de communauté qu'il faut consulter.

Nous venons de démontrer que ces principes n'opposaient pas d'obstacle à la subrogation. Ni la notion d'acquêt, ni la mise en commun des deniers due à une pure contingence ne concernent la subrogation et ne l'entravent. Il reste à examiner de façon plus positive, si les principes du régime de communauté l'imposent.

III. — LA SUBROGATION REELLE REPOND A UN BUT VERS LEQUEL TEND LA TECHNIQUE DU REGIME DE COMMUNAUTE

675. — Non seulement l'esprit de collaboration s'exerce dans un autre domaine que celui qui concerne les hypothèses de subrogation réelle, mais encore cette dernière notion contribue à réaliser l'équilibre entre les trois patrimoines. Or, cette idée peut être considérée aujourd'hui comme constituant l'un des buts imposés par le régime et en vue duquel tout une technique a été élaborée.

Il suffit, pour s'en convaincre, de se reporter à l'histoire (241). A l'origine, l'absorption des biens par la communauté avait, certes, une très grande étendue. Notamment avant le XVI[e] siècle, le prix de la vente d'un propre entrait définitivement en communauté. Mais, dès le XIV[e] siècle, la pratique remédia à cet état de droit, en insérant dans les contrats de mariage des clauses permettant à l'époux de remployer ce prix. Ces clauses étaient directement inspirées par le désir personnel de chacun des époux de conserver son bien (242). Toutefois, il était prévu également que, dans le cas où le remploi n'aurait pas eu lieu, l'époux précédemment propriétaire

(241) Cf. Planiol, T. III, N[os] 1252 et suivants.
(242) Planiol, *op. cit.*, N° 1257.

aurait contre la communauté une créance d'indemnité. Déjà, l'aspect subsidaire de la récompense par rapport à la subrogation apparaissait nettement. Mais la récompense devait devenir la base du système pour la raison simple qu'elle constitue par elle-même une base minimum, un ultime remède pouvant fonctionner dans les cas où les conditions de la subrogation ne sont pas satisfaites, notamment, lorsqu'une acquisition nouvelle n'est pas opérée. C'est pourquoi, au XVI[e] siècle, les coutumes réformées consacrèrent l'usage antérieur, en décidant que l'indemnité serait due à l'époux, de plein droit, dans les cas où le remploi n'aurait pas lieu (243). Toutefois, ces coutumes ne visaient que les hypothèses de remploi prévues avant le XVI[e] siècle par la pratique : aliénation d'un propre et rachat d'une rente. Mais la raison de cette restriction ne correspondait pas à l'esprit de la règle et s'expliquait par des raisons historiques. En réalité, c'était le principe de l'équilibre patrimonial qui était posé. Les auteurs postérieurs le sentirent et, au XVIII[e] siècle, Pothier l'exprimait en une formule très absolue. « On peut établir pour principe général, écrit-il, que chacun des conjoints est, lors de la dissolution de la communauté, créancier de tout ce dont il a enrichi la communauté à ses dépens pendant qu'elle a duré ». (244). Le Code civil ne reproduit certes pas la formule. Il se borne à prévoir des cas isolés comme sources de récompenses (articles 1433, 1470, 1493). Mais, comme le remarque Planiol : « ... cette énumération incomplète, qui s'explique par la marche historique du droit, ne peut faire mettre en doute le principe général dont la loi fait l'application, et dont tout le monde admettait alors l'existence. C'est donc toujours la formule donnée par Pothier qui exprime l'état de notre droit » (245).

Ce bref rappel historique nous permet de mieux comprendre les quelques principes qui fixent le rôle de la subrogation dans l'ensemble de la technique du régime de communauté :

a) Le maintien de l'équilibre entre les patrimoines est aujourd'hui un principe essentiel du régime de communauté. L'absorption des intérêts des époux par la communauté n'est pas absolue, et, dans la tradition coutumière, certains de ces intérêts y ont échappé. La conservation des patrimoines propres est du nombre au premier chef (conservation, du reste, toujours accompagnée du droit d'usufruit de la commu-

---

(243) Art. 232 de la Coutume de Paris, art. 192 de la Coutume d'Orléans.

(244) Pothier, *Traité de la communauté*, N° 607.

(245) *Op. cit.*, v. en ce sens Planiol, Ripert et Nast, T. VIII, N° 444, pp. 489-490.

nauté). Cantonné dans son domaine, ce principe est impératif. S'il était enfreint, atteinte serait portée à l'immutabilité des conventions matrimoniales.

b) La théorie qui le satisfait principalement est la théorie des récompenses. Ces règles présentent un avantage incontestable : elles peuvent fonctionner, en toute hypothèse, car elles sont très générales. Dès qu'une valeur propre a enrichi la masse commune (ou inversement), le patrimoine appauvri devient créancier du patrimoine enrichi pour une valeur égale. Mais c'est là un minimum. La théorie des récompenses intervient, en effet, après coup, à la dissolution de la communauté, pour remédier à l'enrichissement injuste, mais déjà réalisé, d'un patrimoine aux dépens d'un autre. Elle y remédie par la voie des droits de créance.

c) La subrogation réelle constitue, dans le sens du maintien de l'équilibre, un appoint supplémentaire à la théorie des récompenses. Elle lui est, à certains égards, annexée. Mais, à d'autres égards, elle prime.

α) La subrogation revêt un certain aspect accessoire sous le régime de communauté, en ce sens qu'une aliénation ayant eu lieu, l'acquisition corrélative ne s'impose pas, en principe. Si les époux désirent utiliser, en toute hypothèse, ce moyen de conservation de leurs propres, ils doivent insérer dans le contrat de mariage des clauses d'emploi et de remploi. Mais, dans le silence du contrat de mariage, les récompenses sont considérées comme insuffisantes pour assurer l'équilibre patrimonial. Il a paru suffisant au législateur de donner à l'époux appauvri une créance contre la communauté enrichie.

β) Par contre, si l'acquisition a suivi l'aliénation, la subrogation alors s'impose. On peut dire qu'elle fonctionne de plein droit à condition, toujours en cas de subrogation au second degré, que les règles de preuve de la provenance prescrites par l'article 1434 soient observées. Mais, sous cette réserve, la subrogation est imposée par le régime de communauté. On ne voit pas, en effet, pourquoi on se contenterait, les conditions de la subrogation une fois satisfaites, de la théorie des récompenses en tous points inférieure. Il est à peine besoin de rappeler les avantages que présente la subrogation sur les récompenses et combien la conservation réalisée par elle est plus énergique : le déséquilibre ne s'accomplit même pas, la subrogation le *prévient*, car elle concerne une question de *qualification* des biens et fonctionne dès avant la dissolution de la communauté ; elle procure, du même coup, les avantages du droit réel sur le droit de créance, (concours éventuel des créanciers, dévaluation moné-

taire), de l'équilibre en nature sur l'équilibre en valeur. Dès lors, si l'acquisition a eu lieu après l'aliénation, c'est la théorie des récompenses qui apparaît comme subsidiaire à la subrogation, cette dernière, constituant un moyen beaucoup plus adapté à la satisfaction du but d'équilibre. Les articles 1407 et 1434, recourant à l'utilisation de la subrogation dans les deux cas les plus courants, ne font donc qu'appliquer les données qui résultent de l'organisation même du régime de communauté. Ils expriment l'intention du législateur d'éviter, dans la mesure du possible, les passages injustifiés de valeurs d'un patrimoine dans un autre. Loin d'être exceptionnels, ces textes traduisent, au contraire, une règle de fond beaucoup plus générale.

Ces considérations conduisent à examiner, avec plus de précision, les règles positives qui appliquent ces données générales. Nous envisagerons successivement : 1° la position de la subrogation en face du principe de l'immutabilité du régime matrimonial ; 2° L'application par le droit positif dans les différents cas des principes généraux.

A. — La subrogation réelle dans les propres de communauté et le principe de l'immutabilité du régime matrimonial.

676. — Nous venons de voir que le maintien de l'équilibre entre les trois patrimoines constitue, aujourd'hui, une règle fondamentale du régime de communauté et que la subrogation réelle est le moyen le plus énergique de réaliser cet équilibre. Beaucoup mieux adaptée que la théorie des récompenses, elle apparaît donc comme un renforcement du principe de l'immutabilité du régime matrimonial. Il s'ensuit que la subrogation réelle, correctement appliquée, ne saurait jamais être considérée comme allant à l'encontre de la règle posée par l'article 1395 du C. civ. Mais, pour être un renforcement de l'immutabilité, la subrogation réelle n'est pas, pour autant, facultative. Lorsque ses conditions de jeu sont remplies, elle *doit* s'accomplir pour satisfaire à l'article 1395 du C. civ.

677. — Les explications précédentes conduisent naturellement à voir dans la subrogation réelle une notion faisant corps avec le régime de communauté. Son application, indépendamment du secours d'un texte spécial, assure le fonctionnement correct de ce régime. Ce point fondamental admis, il n'y a place à aucune antinomie entre le jeu de la subrogation réelle et le principe de l'immutabilité du régime matrimonial. Aussi, est-ce en méconnaissant le rôle de la subrogation, que M. Morel a pu, récemment, soutenir que le remploi « à

retardement », validé entre époux par la Cour de Cassation (246), était contraire à l'article 1395 du C. civ.

Pour condamner le remploi « à retardement » qui, au fond, est une subrogation réelle normale, sur la base de l'article 1395 du C. civ., M. Morel invoque une argumentation très simple. Partant implicitement de cette idée que la subrogation réelle *par elle-même,* n'est pas conforme aux principes qui gouvernent le régime de communauté, cet auteur voit dans les dispositions de l'article 1434, une règle *de fond, exceptionnelle,* permettant de faire passer dans le patrimoine propre d'un époux un bien acquis à titre onéreux *qui normalement tomberait dans la communauté.* Donc, hors du cadre tracé par l'article 1434, la subrogation réelle ne peut fonctionner sans heurter les règles essentielles du régime matrimonial et, par conséquent, sans enfreindre l'article 1395 du C. civ. Il s'ensuit que la convention de remploi intervenue entre époux qui, par sa date tardive ne répond pas aux exigences de l'article 1434 du C. civ., contrevient, du même coup, à l'article 1395 du C. civ, puisqu'elle a pour effet d'attribuer en propre à l'un des conjoints, un bien que les principes ont fait tomber en communauté. Il existe ainsi, entre l'article 1434 et l'article 1395, une étroite connexité *au fond :* la subrogation, accomplie autrement que sous le couvert de l'article 1434 (ou de l'article 1407), est contraire au régime de communauté dont elle modifie les règles de fonctionnement, contrairement aux prescriptions de l'article 1395.

Cette argumentation, séduisante en apparence, ne mérite pas d'être retenue. Non seulement ses prémices, quant à la position de la subrogation réelle par rapport aux principes généraux du régime de communauté, paraissent contestables ; mais de plus, elles procèdent d'une confusion entre les règles de preuve et les règles de fond.

a) Il existe une connexité entre l'article 1434 et l'article 1395, c'est ce que nous aurons à montrer (cf. *infra,* b). Mais ce lien entre les deux dispositions n'empêche pas qu'elles se situent sur deux plans différents. Nous avons déjà établi, en son temps, que l'article 1434 édictait une règle de *preuve* de la provenance (cf. *supra,* N^{os} 368 et suivants). Il ne signifie pas que le principe de fond, d'après lequel tout bien qui provient d'un propre doit être propre, est inexact. Son objet est simplement de prendre des précautions concernant la preuve de la provenance dans le cas de subrogation

(246) Req., 17 mai 1938, S. 1939. 1. 137, note Morel ; D. 1938. 1. 73, note Pilon ; pour l'analyse de cette espèce, se reporter *supra,* N° 375.

(247) *Op. cit.,* p. 139, § 2, col. 1 et 2 ; v. également H. Rousseau, note S.J. 1942. 2. 1994.

au second degré, et de poser les conditions auxquelles un bien, en cette hypothèse, peut être officiellement réputé provenir d'un propre. A l'administration de cette preuve qui, nous l'avons relevé, suppose une déclaration du mari et une manifestation de volonté des époux, est subordonné l'accomplissement de la subrogation. On peut donc bien dire, avec M. Morel, qu'en l'absence des formalités prescrites par l'article 1434 le bien entre en communauté. Mais il est capital de préciser qu'il en est ainsi parce que ledit bien n'est pas alors considéré comme provenant d'un propre. Seule cette précision réserve la question de fond à laquelle répond seulement l'article 1395. La dualité de points de vue entre l'article 1434 et l'article 1395 étant ainsi posée, il est facile de voir que le remploi « à retardement » ne peut, en aucun cas, heurter le principe de l'immutabilité du régime matrimonial.

Si, en effet, conformément à l'opinion soutenue par M. Morel (248) et que nous avons précédemment adoptée (cf. *supra*, N^os^ 382 et suivants), on estime que le remploi « à retardement » est contraire à l'article 1434 du C. civ., on doit le condamner sur la base de ce dernier texte. L'article 1395 est, du coup, hors du débat. En dehors de la double déclaration exigée par l'article 1434, la provenance propre ne peut être prouvée. Le remploi n'est donc pas possible. Le bien acquis est tombé en communauté *et il n'est plus question de l'en faire sortir*. L'article 1434, situé sur le plan des règles de preuve, est le premier atteint. L'article 1395, concernant les règles de fond, n'a pas à intervenir. Sur son terrain, le problème ne se pose même pas.

Si, au contraire, avec l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 17 mai 1938 (précité), on estime que l'article 1434 ne s'applique pas dans les rapports des époux entre eux (249), on ne peut plus dire, avec M. Morel, qu'en l'absence de la double déclaration intervenue au moment de l'acquisition le bien est tombé en communauté. Par conséquent, la convention de remploi tardif ne déclare pas propre un bien qui, d'après l'article 1434, aurait dû être commun. En réalité, cette convention, dans l'opinion de la Cour de Cassation, est un mode régulier de preuve de la provenance entre époux. Le bien étant alors réputé provenir d'un propre, l'obstacle est écarté sur le terrain de la preuve. C'est à la question de fond que l'on arrive : le bien provenant d'une valeur propre est-il propre en principe ?

b) Toute l'argumentation de M. Morel suppose une réponse négative à cette question. Mais c'est là un point que

(248) *Op. cit.*, § 1, pp. 137 et 138.

(249) V. en ce sens les auteurs cités *supra*, N° 374, notes 121 et 122.

cet auteur, à l'encontre cependant de la doctrine la plus générale (250), tranche d'une façon simplement tacite. Nous croyons avoir justifié l'affirmation contraire. La subrogation, dans la mesure où elle assure l'équilibre en nature entre les trois patrimoines, répond, au fond, aux directives données par l'organisation même du régime de communauté. Par conséquent, une fois sa règle de preuve admise (cf. *supra*, N^os^ 382 et suivants) c'est, à juste titre, que la Cour de Cassation n'a pas estimé devoir trouver dans l'article 1395 du C. civ. un obstacle au remploi « à retardement ». Le principe que la subrogation réelle est la règle et non l'exception sous le régime de communauté étant posé, il est clair que la convention tardive de remploi est favorable à l'un des époux (dans l'espèce jugée le 17 mai 1938, à la femme), elle ne l'avantage pas *aux dépens de la communauté* (251), puisque, à partir du moment où le bien acquis provient d'un propre, il doit lui-même être propre. Si l'on n'envisage que la question de fond, on voit que l'article 1434 rejoint l'article 1407, et ils ne sont tous deux que les applications directes d'un principe général. Le remploi « à retardement » n'est lui-même qu'une application de ces principes.

Il était donc non seulement inutile, mais encore inexact, de recourir, comme l'a fait la Cour de Cassation, suivie par certains auteurs (252) au système dit «des équivalences» (253) pour écarter l'objection tirée de l'article 1385 du C. civ. Cette théorie, de l'aveu même de ses protagonistes, a pour but d'assouplir le principe de l'immutabilité du régime matrimonial, en permettant d'apporter, par une convention commutative, des *modifications* au pacte conjugal, à la condition que le changement ne concerne que l'exécution dudit pacte. Il en est ainsi quand, dans la convention postérieure, on peut retrouver l'équivalent de l'avantage initial. Or, il nous paraît essentiel de remarquer que la convention de remploi « à retardement » n'apporte aucun changement, même dans la simple exécution des principes du régime de communauté. Etant admis que cette convention fait foi de l'origine propre du bien acquis, le remploi doit s'accomplir comme l'exécution *directe* du régime matrimonial. Le rôle de la subrogation réelle, que l'on invoque, à juste titre (254), pour valider

---

(250) Capitant, *Rev. trimestr.*, 1919, p. 396 ; Henry, *thèse*, pp. 190 et suivantes ; Planiol, Ripert et Nast, T. VIII, N^os^ 452 et suivants.

(251) Planiol, Ripert et Nast, *op. cit.*, p. 560, note 3 ; note signée E.P., D. 1938. 1. 75, XI, col. 1 et 2.

(252) Note E.P. *précitée*, p. 75, *XII ;* A. Coste-Floret, *Rev. trimestr.* 1942, p. 177.

(253) Suggéré par A. Rodière, note S. 1868. 1. 153 ; repris par la Chambre des Requêtes le 27 novembre 1934, D. 1935. 1. 29 avec le rapport de M. le conseiller Pilon.

(254) Note E.P. *précitée*, p. 75, XI.

au fond le remploi tardif, ne conduit pas à voir dans ce remploi « l'équivalent » du pacte matrimonial. La subrogation réelle, en tant que procédé destiné à maintenir l'équilibre en nature entre les patrimoines, est une donnée immédiate du régime de communauté. Elle est donc, non seulement permise, mais encore *imposée* par la règle de l'article 1395 du C. civ., dès lors que ses conditions de jeu (aliénation et acquisition corrélatives) sont remplies. C'est sur ce dernier point que nous croyons devoir insister quelque peu.

678. — La subrogation est certainement facultative pour les époux au moment où ils rédigent leur contrat de mariage. De même que, par cet acte, les futurs conjoints peuvent imposer l'emploi ou le remploi, de même ils peuvent, s'ils le désirent (hypothèse purement théorique du reste), écarter le jeu de la subrogation et stipuler que le bien acquis en échange ou en remploi d'un propre sera commun. Cette possibilité résulte de la liberté des conventions matrimoniales qui permet aux futurs époux de modifier, à leur guise, les régimes matrimoniaux que leur propose la loi, sous la seule réserve de respecter les prohibitions légales (255). Mais cette question, d'un ordre très général, n'offre aucun intérêt particulier pour l'étude de la subrogation réelle. Il importe, au contraire, de préciser si, après avoir adopté le régime légal ou une communauté conventionnelle à laquelle s'appliquent normalement les articles 1407 et 1434, les époux peuvent, durant le mariage, renoncer à la subrogation réelle ; autrement dit, si la subrogation, une fois ses conditions satisfaites, est obligatoire ou facultative.

La seconde solution ne serait pas, *a priori*, sans fondement. N'avons nous pas établi, en effet, que l'équilibre entre les patrimoines était suffisamment assuré par la théorie des récompenses et que la subrogation réelle ne constituait qu'un renforcement de l'immutabilité du régime matrimonial ? Ce dernier principe est respecté, peut-on penser, dès lors que la communauté, qui se voit attribuer un bien acquis en échange ou en remploi d'un propre, devient débitrice, vis-à-vis de l'époux appauvri, d'une somme égale à la valeur de ce propre. L'article 1434, du reste, ne renforce-t-il pas cette manière de voir ? Ce texte laisse le remploi à la discrétion des époux. Ces derniers, à moins qu'ils aient inséré dans le contrat de mariage une clause de remploi obligatoire, peuvent donc laisser à la communauté un bien cependant acquis avec des deniers propres à l'un d'eux. La femme, notamment, a la possibilité, d'après l'article 1435, de ne pas accepter le remploi que lui propose son mari. Il suffit de réserver, dans ces

(255) Planiol, Ripert et Nast, T. VIII, N° 3.

cas, au moment de la dissolution du régime, le droit de reprise contre la communauté de l'époux renonçant à la subrogation.

Une analyse, un peu plus poussée, conduit rapidement à une conclusion opposée.

a) Il est certain que l'article 1434 met le remploi à la discrétion des époux. Mais nous savons comment cette règle doit être comprise (cf. *supra,* N^os^ 360 et suivants). L'article 1434 impose, pour établir l'origine du bien acquis en remploi, un mode de preuve qui suppose une manifestation de volonté des époux, ou tout au moins du mari (double déclaration lors de l'acquisition). Il dépend donc bien des époux de faire jouer la subrogation ou de la rejeter. Mais c'est là une conséquence contingente des moyens choisis par la loi pour prouver la provenance, et non l'expression d'une exigence *de fond* concernant la place qu'occupe la subrogation dans l'ensemble du régime de communauté. L'article 1435, de son côté, prévoit, sans aucun doute, une subrogation facultative au fond, à l'égard de la femme, puisqu'il dépend de celle-ci d'accepter ou de refuser le remploi opéré pour son compte par son mari. Mais, ici encore, la règle, pour être certaine, n'a aucune généralité et s'inspire de motifs particuliers : la position subordonnée de la femme sous le régime de communauté et la nécessité de la protéger contre les agissements discrétionnaires de son mari.

On ne saurait donc tirer argument des articles 1434 et 1435 en faveur d'une subrogation facultative. L'article 1434, seul général, ne concerne que la preuve de la provenance. Mais, *au fond,* il n'y a pas de raison de traiter le remploi différemment de l'échange à propos duquel la réalisation de la subrogation réelle n'est pas subordonnée à la volonté de l'époux bénéficiaire (art. 1407 du C. civ.). Il est vrai que ce dernier point a été discuté. Certains auteurs (256), voyant dans l'article 1407 un texte interprétatif de la volonté des parties, ont permis aux époux d'écarter cette subrogation durant le mariage. Le conjoint, dont le propre a été aliéné, conserve alors, comme il est normal, son action en reprise et n'abdique, par conséquent, aucun des droits que lui assurait son contrat de mariage. Cette opinion n'a pas prévalu, à juste titre, selon nous. En admettant que l'article 1407 présume la volonté des époux (ce qui est, du reste, contestable, car en créant un régime légal le législateur supplée la volonté défaillante des futurs conjoints beaucoup plus qu'il ne l'interprète) (257), cette présomption ne peut porter que sur une volonté se manifes-

---

(256) Aubry et Rau, 5^e^ édit., T. VII, § 503 bis, texte et note 23 ; Guillouard, *Traité du contrat de mariage,* T. II, N° 465 ; Troplong ; *Du contrat de mariage,* T. I, N° 639.

(257) Planiol, Ripert et Nast, T. VIII, N° 8.

tant au moment du contrat de mariage. Par la suite, la subrogation réelle fait ou ne fait pas partie du régime matrimonial adopté. Il ne paraît donc pas pertinent, pour permettre aux époux d'écarter à leur guise l'article 1407, d'invoquer le caractère interprétatif de ce texte. La question doit être abordée de front. La subrogation réelle, sous le régime de communauté, est-elle superfétatoire par rapport à la théorie des récompenses, de telle sorte que son jeu deviendrait indifférent au principe de l'immutabilité du régime matrimonial qui, sans lui être hostile, ne l'exigerait pas ? Quand elle a ainsi envisagé la question (à propos de l'échange), la doctrine n'a guère hésité à voir dans l'article 1407, l'expression même d'un principe faisant corps avec le régime de communauté, de telle manière que les époux ne sauraient l'écarter durant le mariage sans violer, du même coup, la règle de l'article 1395 du C. civ. (258). Cette conception apparaît comme la mieux fondée et ne doit pas se limiter à l'interprétation de l'art. 1407. Elle s'applique, logiquement, à tous les cas de subrogation réelle qui peuvent se présenter,

b) Les principes généraux ne conduisent pas, en effet, à voir dans la subrogation un procédé dont l'usage serait facultatif. En principe et au fond, autant dire si on l'admettait que le maintien de l'équilibre en nature entre les patrimoines serait, en quelque sorte, surabondant, et indifférent au législateur. Nous ne croyons pas qu'il en soit ainsi. Nous avons déjà indiqué comment l'on devait entendre le caractère subsidiaire de la subrogation par rapport à la théorie des récompenses (cf. *supra,* N° 675, c). La subrogation est subsidiaire dans la mesure où, l'aliénation ayant eu lieu, le législateur n'impose pas, en principe, l'acquisition corrélative. Alors, il est vrai de dire que le fonctionnement des récompenses assure un équilibre jugé suffisant. Mais lorsque l'acquisition a été faite, la provenance étant régulièrement prouvée, il est dans la logique du but d'équilibre que le régime de communauté moderne entend réaliser de recourir à la subrogation pour y parvenir. Le caractère subsidiaire de la subrogation n'a plus alors aucun sens. C'est la théorie des récompenses qui devient un pis aller. La doctrine a donc raison de voir dans la subrogation consécutive à l'échange une notion imposée par le régime de communauté, que l'on ne peut écarter sans porter atteinte à l'immutabilité du régime matrimonial. Ce raisonnement ne repose pas simplement sur l'interprétation d'un texte, mais encore et surtout sur l'analyse du rôle normal qui échoit à la subrogation réelle sous le régime de communauté.

---

(258) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Contrat de mariage,* T. I, N° 94 ; Planiol, Ripert et Nast, T. VIII, N° 233, texte et note 4 ; Henry, *Thèse,* p. 191. La jurisprudence n'a pas eu à se prononcer sur ce point.

Ce qui est vrai, en cas d'échange, l'est tout autant dans les autres hypothèses où la subrogation a l'occasion de fonctionner. L'accomplissement de la subrogation réelle, lorsque ses conditions sont satisfaites, est non seulement permis, mais imposé par le principe écrit dans l'article 1395 et indépendamment des prévisions précises et particulières des articles 1407 et 1434.

Le caractère obligatoire de la subrogation, découlant directement du rôle joué par ce procédé sous le régime de communauté, conduit, en effet, tout naturellement, à une application extensive de la subrogation. C'est à cette solution que se range le droit positif confirmant ainsi tous nos développements antérieurs. Et c'est cette large application dont nous devons maintenant retracer les grandes lignes.

B. — Application extensive par le droit positif des cas de subrogation réelle dans les propres de communauté.

679. — Le droit positif fait de la subrogation réelle la plus large application. Il est notable que la formule qui l'exprime, d'une façon synthétique, résume en même temps toute l'étude précédente. On peut dire que chaque fois que l'origine propre d'une bien acquis pendant le mariage peut être établie par des moyens légaux, ce bien est lui-même propre. Autrement dit, la subrogation réelle fonctionne toutes les fois que l'occasion se présente de maintenir entre les patrimoines un équilibre en nature. Mais cette dernière formule, plus large en apparence que la précédente, laquelle ne fait allusion à la subrogation réelle que dans les propres, ne se justifie que si avant de mesurer le champ d'application de la subrogation, on met au point quelques précisions qui s'imposent.

680. — Il est d'abord un fait notable : *la subrogation n'a à intervenir que dans les propres.* Ce fait est la conséquence de la présomption d'acquêts que la loi fait peser sur tous les biens (art. 1402 et 1499 du C. civ). Certes, cette présomption ne porte que sur la preuve (259). Tout bien est réputé commun jusqu'à preuve contraire. Nous ne croyons pas que l'on puisse voir dans cette présomption une règle affectant au fond la qualification juridique des biens, et dire avec certains auteurs (260) que « la masse commune, en principe, comprend tout », de sorte que la qualification propre d'un bien serait rigoureusement exceptionnelle. Nous avons vu (cf. *supra,* N° 670), qu'il n'en était pas ainsi et que la juris-

(259) Planiol, Ripert et Nast, T. VIII, N° 165.
(260) Capitant, Rev. trimestr., 1919, p. 395.

prudence n'hésitait pas à attribuer le caractère propre à des biens dont le sort n'avait pas été prévu par la loi.

Toutefois, cette affirmation est moins inexacte si l'on envisage le sort des biens acquis à titre onéreux, pendant le mariage. Le bien acquis dans ces conditions, n'est propre que si on prouve son caractère propre. Et cette preuve sera administrée s'il est établi que les deniers ayant servi à l'acquisition représentaient une valeur propre. Mais ce serait une erreur de croire qu'à l'inverse l'acquêt suppose nécessairement, au fond, la provenance commune. Très souvent, au contraire, l'acquêt ne trouve son origine dans aucun capital antérieur fût-il commun, et puise sa source dans l'industrie commune ou dans les économies réalisées sur les fruits et les revenus des propres (cf. *supra,* N° 671). Il serait donc inexact, ou tout au moins équivoque, de dire que sont propres tous les biens dont l'origine est propre, et que sont communs les biens provenant de valeurs communes. Cette dernière assertion fausserait la réalité. La provenance commune n'a pas, par elle-même, une bien grande importance puisque, de toute façon, le bien entrera en communauté dès lors qu'il sera acquis dans des conditions simplement exclusives de la provenance propre. Et, à cet égard, il faut remarquer que l'origine propre ne constituant pas, malgré tout, l'hypothèse la plus générale, le fait que le bien soit acquis à titre onéreux fait entrer, en principe, ce bien en communauté. En un mot, la masse commune joue ici le rôle d'un de ces « groupes ouverts » à l'intérieur desquels nous avons vu (cf. *supra,* N° 224, a) que le jeu de la subrogation réelle était inutile, l'appartenance à ce groupe découlant directement d'autres techniques. C'est ici qu'il convient de rappeler que la subrogation réelle n'est qu'un simple procédé qui n'a pas à intervenir s'il est inutile et, notamment, si l'acquisition, par elle-même, conduit au même résultat. Dans l'hypothèse qui nous occupe, le simple fait de l'acquisition à titre onéreux suffit à faire déclarer le bien commun en principe. Cela explique que l'on ne parle pas de subrogation réelle dans les biens communs.

Il est cependant un cas où les auteurs, à tort, selon nous, ont pensé pouvoir faire jouer la subrogation pour le compte de la communauté. Il s'agit de l'hypothèse prévue par l'article 1404, al. 2, qui fait entrer en communauté l'immeuble acquis à titre onéreux entre le mariage et le contrat de mariage, si ce dernier contient stipulation de communauté légale (cas assez théorique). Il en serait néanmoins autrement si l'acquisition était faite « en exécution de quelque clause du mariage » (art. 1404, al. 2, *in fine*), c'est-à-dire avec les biens destinés, par le contrat de mariage, à être propres. Le motif de cette disposition est bien connu. La loi a voulu empêcher

l'un des futurs époux de recourir à une fraude qui consisterait à transformer sa fortune mobilière, sur laquelle avait compté son futur conjoint, en un immeuble, qui sans l'article 1408, al. 2, aurait été propre. On a pu expliquer juridiquement cette disposition, par une anticipation du point de départ des effets de l'immutabilité des conventions matrimoniales. La composition respective des différentes masses étant fixée ainsi dès le moment du contrat, la subrogation, dit-on, doit intervenir dès ce moment. Et dans le cas prévu par l'article 1404, al. 2, elle ne peut jouer qu'au profit de la communauté : le bien acquis avec des deniers qui devaient être communs sera commun (261).

Cette utilisation de la subrogation réelle nous paraît superflue. A partir du moment où, dans le but d'éviter la fraude que nous venons de rappeler, on admet que le contrat de mariage va produire des effets avant le mariage, on doit faire, dans le cadre de cette anticipation, le même raisonnement *mutatis mutandis* que celui qui vaut durant le mariage. Si l'immeuble acquis à titre onéreux entre le contrat de mariage et le mariage est commun, ce n'est pas en vertu de l'idée de subrogation anticipée, mais en vertu de la notion plus large d'acquêt. Il est vrai que, dans l'hypothèse de l'article 1408, al. 2, toute idée de produit de la collaboration des époux est exclue, puisque cette collaboration n'a pas encore commencé. Il s'agit d'un bien provenant *d'un capital* destiné à être commun. Mais cette idée entre, à titre secondaire tout au moins, dans la notion d'acquêt. Et, de toute façon, l'idée de subrogation est inutile. On est en présence d'un futur bien commun, non pas parce que ce bien provient d'une fortune qui doit devenir commune, mais parce qu'il *ne remplit pas les conditions susceptibles d'en faire un futur bien propre*. Il est inutile de justifier autrement le caractère commun. Par contre, l'idée de subrogation explique très bien que le bien acquis avec une somme destinée, d'après le contrat de mariage, à être propre, constitue lui-même un futur propre (art. 1404, al. 2, *in fine*). De même, la subrogation peut jouer dans l'hypothèse inverse de celle prévue par l'article 1404, al. 2, dans la mesure où cette hypothèse est admise. Si un immeuble est *vendu* entre le contrat de mariage et le mariage, une opinion ancienne (262), que semble suivre la jurisprudence (263), veut que la créance du prix reste propre. Là encore, c'est à l'idée de subrogation qu'il faut recourir pour expliquer le caractère propre de cette créance.

---

(261) Pothier, *Traité de la communauté*, N°s 281 et 603 ; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Contrat de mariage*, I, N° 316 ; Planiol, Ripert et Nast, T. VIII, N° 251 ; Henry, *thèse*, pp. 231 et 232.

(262) Pothier, *op. cit.*, N° 603 ; Laurent, XXI, N° 268.

(263) Colmar, 27 février 1866, D. 66. 2. 227.

La subrogation réelle est donc inutile pour justifier l'attribution du caractère commun à un bien. Elle n'intervient que pour conserver les propres.

Mais il reste que la subrogation remplit une mission beaucoup plus compréhensive que celle qui consisterait simplement à conserver les propres. Elle joue le rôle plus général de procédé destiné à maintenir entre les trois masses de biens un équilibre en nature.

C'est ce fonctionnement de la subrogation que les arrêts assurent en général correctement, mais dissimulent parfois sous des termes équivoques. Ainsi, n'a-t-on pas vu la Cour de Paris affirmer, dans un arrêt du 18 janvier 1927 (264), que « pour déterminer si un bien acquis pendant le mariage a le caractère d'acquêt de communauté, il échet de rechercher, au moyen de quelles ressources cette acquisition a été faite » ? Cette formule risque de laisser penser que la subrogation doit intervenir même dans les biens communs, encore que l'arrêt se garde fort justement d'en décider finalement ainsi. Néanmoins, les expressions que nous venons de relever prêtent à confusion.

Elles paraissent excessives à un autre titre. Elles ne soulignent pas, en effet, les réserves que commande d'apporter le mode de preuve imposé par la loi en cas de subrogation au second degré. A lire un arrêt ainsi motivé, on serait porté à penser qu'un bien est propre dans tous les cas où il provient d'une valeur propre. Il y a là un deuxième correctif à apporter. Cela est vrai au fond. Mais il convient de rappeler qu'au regard de la théorie de la subrogation réelle la preuve de la provenance est soumise à des conditions strictes lorsque l'article 1434 du C. civ. doit recevoir application. La provenance propre des deniers ayant servi à l'acquisition peut très bien être prouvée par tous moyens s'il s'agit simplement de faire jouer la théorie des récompenses. Mais, le bien acquis ne pourra lui-même être propre que si le mari, au moment de l'acquisition, a effectué la double déclaration imposée par l'article 1434. La provenance propre, ordinairement entendue, qui suffit à déterminer une créance de reprise, ne suffit pas à faire jouer la subrogation. On peut donc bien dire que tout bien qui provient d'une valeur propre, est propre, mais à condition qu'on suppose, au préalable, que l'origine propre a été établie conformément au mode de preuve requis en matière de subrogation réelle sous le régime de communauté, mode de preuve qui, dans l'hypothèse de l'article 1434, requiert bien une manifestation de volonté (cf. *supra*, N[os] 371 et suivants).

Ces réserves étant apportées, il devient facile de voir que

(264) D. 28. 2. 145, note Capitant.

le droit positif fait une entière application de tous les principes que nous avons dégagés en consacrant l'interprétation la plus large de la subrogation réelle.

681. — Les extensions reconnues par la jurisprudence et par la doctrine sont considérables et imposent, en droit positif, cette idée que les articles 1407 et 1434 ne sont que les applications d'un principe beaucoup plus général.

Cette interprétation prévaut d'abord pour l'application de l'article 1407. Il n'y a jamais eu aucune difficulté à appliquer ce texte aux meubles (265). La subrogation, du reste, a débordé le cadre de l'échange et fonctionne normalement et sans restriction au premier degré. C'est ainsi que la créance du prix de vente d'un propre (266), la soulte de partage attribuée à l'un des époux pour compléter sa part dans une succession immobilière (267), ont toujours été considérées comme des propres. Les différentes indemnités représentatives d'un propre ont subi le même sort : indemnité d'assurance (268), d'expropriation pour cause d'utilité publique (269), de réparation d'un préjudice causé à un propre. Un arrêt récent (270), a admis le caractère propre des dommages-intérêts dus par un voleur de bijoux propres.

A la vérité, cet arrêt va encore plus loin et déclare que les biens acquis avec cette indemnité sont eux-mêmes propres. En statuant ainsi, il n'a, du reste, fait que se conformer à une doctrine constante, interprétant très largement l'article 1434 du C. civ. On n'a jamais hésité à étendre le remploi, d'une part aux meubles (271), et d'autre part, à toute somme d'argent qui représente un bien propre (indemnités diverses, primes de remboursement de valeurs mobilières, capitaux provenant du paiement d'une créance, etc...) (272).

Ainsi, l'interprétation très large de la subrogation est

---

(265) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Contrat de mariage*, I, N°s 474 et 475 ; Planiol, Ripert et Nast, T. VIII, N° 186.

(266) Pothier, *Traité de la communauté*, N° 99 ; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, N° 474 ; Aubry et Rau, 5e édit., T. VIII, § 507, texte et note 23 ; Planiol, Ripert et Nast, *op. cit.*

(267) Pothier, *op. cit.*, N° 100 ; Laurent, XXI, N° 383 ; Aubry et Rau, *op. cit.* ; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, N°s 266 et 475 ; Planiol, Ripert et Nast, *op. cit.* ; Req., 11 décembre 1850, D. 51. 1. 287 ; Req., 11 avril 1902, D. 1903. 465.

(268) Bordeaux, 19 mars 1857, D. 58. 2. 61, S. 57. 2. 534.

(269) Aubry et Rau, *op. cit.*, p. 25 ; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, N° 479 ; Planiol, Ripert et Nast, *op. cit.*

(270) Req., 11 avril 1931, S. 32. 1. 41.

(271) Planiol, Ripert et Nast, *op. cit.*, N° 457.

(272) *Ibid.*

admise sans discussion. Seule, la question de l'*emploi* a pu faire quelques difficultés.

L'emploi ne constitue pas, à proprement parler, un phénomène de subrogation réelle puisque, dans une telle opération, un droit réel succède à un droit de créance (comp. *supra*, N^os^ 496 et suivants). Et cette transformation a pu, dans le domaine des régimes matrimoniaux, faire condamner l'emploi comme contraire à l'immutabilité des conventions matrimoniales. Une somme d'argent est donnée avec stipulation qu'elle restera propre à l'époux donataire. Il n'en est pas moins vrai, qu'en raison du quasi-usufruit de la communauté, l'époux n'a gardé qu'un droit de reprise en valeur. Autrement dit, il n'était titulaire que d'un propre imparfait. Si un bien étant acquis avec ces deniers, on le déclare propre, le propre imparfait sera transformé en propre parfait. Cette considération a déterminé certains auteurs et quelques arrêts anciens a déclaré l'emploi contraire à la règle de l'article 1395 du C. civ. (273). C'est d'autant plus concevable que, d'après les principes mêmes du régime de communauté, l'acquisition faite pour le compte d'un époux pendant le mariage n'est propre que s'il existait préalablement un droit propre. La subrogation réelle, ici comme ailleurs, n'est que la conservation d'un droit antérieur et non la création d'un droit nouveau (cf. *supra* N^os^ 514 et suiv.). Et l'acquisition pour le compte des époux sous le régime de communauté ne constitue pas un droit nouveau (par exception à la règle générale, cf. *supra*, N° 524). La condition d'attribution d'un droit propre à l'époux est l'existence d'un droit propre antérieur ; une simple acquisition pour le compte des époux, même avec des deniers propres, mais sans les conditions du remploi, ne donne pas un propre (273 bis).

Cette opinion, qui ne manque certes pas de poids, n'est tout de même pas convaincante. Que l'emploi ne constitue pas une véritable subrogation, c'est un fait évident, puisque l'époux n'a jamais eu à l'origine qu'un droit de créance contre la communauté. Mais cela a été un pis aller. Au regard des principes du régime de communauté, les deniers sont tombés en communauté pour une raison contingente qui découle des règles du quasi-usufruit (art. 587 du C. civ.). Mais, dès que cette raison disparaît, la solution doit s'effacer. C'est ici qu'il est bon de rappeler que lorsqu'une valeur n'est commune qu'en vertu du quasi-usufruit, elle *aurait* dû être propre. Il y a une véritable subrogation virtuelle. Par suite, il est parfaitement conforme à l'immutabilité des conven-

(273) Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, N° 382 ; Laurent, XXI, N° 363 ; Douai, 2 avril 1846, D. 47. 2. 198 ; Rennes, 12 décembre 1846, D. 47. 2. 199.

(273 bis) Planiol, Ripert et Nast, VIII, N° 255, p. 301.

tions matrimoniales, que cette valeur devienne un propre, dès que cela est possible. Ce raisonnement qui tient compte de l'esprit véritable du régime de communauté a emporté, fort justement, l'adhésion de la doctrine (274) et de la jurisprudence (275).

APPENDICE. — AUTRES ASPECTS DE LA SUBROGATION REELLE DANS LES REGIMES MATRIMONIAUX

682. — La subrogation réelle joue également un rôle institutionnel dans le fonctionnement du *régime dotal.*

Il n'est pas douteux que les principes du droit commun conduiraient, ici, à une application restrictive de la subrogation. Le régime appliqué à la dot est suffisamment exceptionnel, notamment par l'indisponibilité qu'il entraîne, pour ne pas être étendu au delà des stipulations de la loi et du contrat de mariage. Aussi bien, sur le plan strictement technique, la dot, masse de biens dotaux, ne comporte-t-elle pas, en principe, de fongibilité. Ce qui est dotal c'est, sinon la consistance des biens, du moins leur individualité (276).

Le jeu de la subrogation réelle dans la dot ne saurait pourtant obéir à de telles considérations. Nous avons vu à quels buts de perpétuation de l'affectation familiale des biens dotaux répond la subrogation réelle (cf. *supra,* N° 450). Elle crée une indisponibilité en valeur subsidiaire à l'indisponibilité en nature. Or, le législateur a expressément traduit ces préoccupations sur le plan technique. Son intention est, à cet égard, clairement révélée par les décisions spéciales de subrogation qu'il a insérées dans le régime dotal (cf. articles 1556, al. 2, 1557, 1558, 1559 du C. civ.). La loi a prévu la subrogation soit comme une conséquence des aliénations qu'elle impose ou permet (cf. *supra,* N^{os} 130 et suivants), soit même comme condition de ces aliénations (cf. *supra,* N^{os} 136 et suivants). Toutes ces dispositions révèlent le souci du législateur d'assurer la pérennité de l'affectation familiale dans les principales hypothèses de fluctuations qu'il a envisagées. Et il est normal que cette perpétuation se produise chaque fois que survient une fluctuation permise par la loi ou imposée par les circonstances. La logique même de la conservation de la dot commande cette extension qui trouve sa place normale dans la technique institutionnelle du régime dotal.

(274) Planiol, Ripert et Nast, *op. cit.,* N° 458 ; Aubry et Rau, T. VIII, § 507 texte et note 88 ; Capitant, *Rev. trimestr.,* 1919, p. 397, note 1 ; Henry, *thèse,* pp. 200 et 201.

(275) Civ., 16 novembre 1859, D. 59. 1. 490 ; Douai, 15 juin 1861, D. 62. 2. 159.

(276) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 1168.

Mais à cette première donnée institutionnelle, s'en oppose une autre qui la limite. L'indisponibilité dotale faisant courir aux tiers de réels dangers (277), le législateur a entendu apporter un frein au dynamisme qui pouvait résulter de la dotalité. D'où l'interdiction de constituer ou simplement d'augmenter la dot pendant le mariage, par une disposition prohibitive (article 1543 du C. civ.) d'une force particulière, puisqu'elle s'impose même aux tiers donateurs et testateurs (278). D'où aussi, sur le plan de la qualification des biens, une directive fondamentale : les tiers, sur la simple connaissance de la loi et du contrat de mariage, doivent se trouver à l'abri de toute erreur sur la qualité de tel ou tel bien de la femme. Cette considération conduit logiquement à limiter le jeu de la subrogation réelle : celle-ci ne s'accomplit que quand la loi ou le contrat de mariage impose la fluctuation, ou, permettant cette fluctuation, impose la subrogation (279). Ainsi, s'explique la méfiance du législateur envers toute transformation des deniers dotaux en un autre bien matériel. A partir du moment où des deniers ont remplacé le bien dotal initial, la confusion risque de troubler la filière de la valeur ; et les tiers, s'ils ne sont pas alertés par une clause du contrat de mariage fixant l'obligation et les conditions de l'emploi ou du remploi des sommes dotales, se trouvent exposés à l'erreur dont le législateur a entendu les protéger (280). C'est pourquoi, l'article 1553 du C. civ., dont le sens a pu paraître confus et la disposition regrettable (281), déclare que « l'immeuble acquis des deniers dotaux n'est pas dotal si la condition de l'emploi n'a pas été stipulée par le contrat de mariage ». Ces considérations conduisent naturellement à un jeu restrictif de la subrogation au second degré. La subrogation, en cas de remploi notamment, doit puiser son titre dans la loi, le contrat de mariage ou, aujourd'hui, la décision judiciaire prévue par l'article 1556, al. 2.

Mais *seules* les considérations qui précèdent doivent limiter le jeu de la subrogation. Dès qu'elles ne sont plus enfreintes, la subrogation devrait être largement admise, même sans texte, à l'intérieur du cadre qu'elles lui assignent. Ainsi, toute subrogation dite « au premier degré » (cf. *supra*, N° 357), devrait jouer de plein droit et toute disposition la

---

(277) Surtout à l'époque antérieure à la loi du 10 juillet 1950 organisant la publicité des contrats de mariage.

(278) Cf. Ripert et Boulanger, III, N^{os} 1163 et suivants.

(279) Il convient, aujourd'hui, d'assouplir cette règle par le jeu du remploi judiciaire prévu par l'article 1556, al. 2, modifié par la loi du 22 septembre 1942 (cf. *supra*, N° 139).

(280) Ce risque d'erreur était d'autant plus grand à une époque où la preuve du remploi par le jeu de l'article 1434 ne s'imposait pas encore (cf. *supra*, N° 394).

(281) Cf. Planiol et Ripert, IX, par M. Nast, N° 1080.

prévoyant expressément devrait être interprétée largement. La fluctuation, par le fait même qu'elle s'accomplit en un trait de temps, porte en elle-même la preuve évidente de la provenance du bien nouveau. Les raisons de limiter le jeu de la subrogation ne sont donc pas, ici, justifiées. C'est bien pourquoi, par exemple, si la transformation de deniers dotaux en un bien dotal est interdite, la transformation inverse doit être largement admise, aucun risque de confusion ne naissant d'une fluctuation (282). Il doit en aller de même de toute fluctuation au premier degré. Telle est bien la solution à laquelle la doctrine se range (283). Elle a toutefois le tort de trop la présenter comme étant celle du droit positif. Il est bien vrai que l'indemnité d'expropriation pour cause d'utilité publique (cf. décret-loi de 1935, article 15, al. 3) la créance du prix de vente (art. 1558), la soulte ou le bien acquis en échange (art. 1559), sont dotaux. Mais il s'agit alors de fluctuations ou de subrogations imposées par la loi, ce qui demeure dans le cadre général imparti à toute subrogation sous le régime dotal. Et la jurisprudence tend plus à rétrécir ce cadre qu'à l'élargir. N'a-t-on pas vu un arrêt affirmer, en principe, « que le prix de l'immeuble dotal ne devient pas dotal de plein droit » (284) ? C'est à propos de la subrogation des indemnités représentant le bien dotal que la position hostile de la jurisprudence à l'égard de la subrogation au premier degré apparaît nettement. Sans doute, cite-t-on des arrêts qui ont subrogé des indemnités de responsabilité au bien dotal (285). Mais il suffit de se reporter à ces décisions pour constater *qu'elles fondent toutes expressément cette subrogation sur une clause d'emploi ou de remploi contenue dans le contrat de mariage,* dont elles donnent une interprétation à peine élargie. Quant aux indemnités d'assurance, la jurisprudence en refuse simplement la subrogation (286). En vain, laisse-t-on entendre que c'est parce qu'aux yeux des arrêts, cette indemnité représente les primes et non le bien dotal détruit (287). Ici encore, il suffit de lire les arrêts pour constater que le refus est fondé sur des motifs tenant au fonctionnement même du régime dotal (288). En droit posi-

---

(282) *Op. cit.*, N° 1078.

(283) *Op. cit.*, N°s 1076 et suivants.

(284) Pau, 31 mai 1893, D. 1895. 2. 10.

(285) Req., 5 janvier 1891, D. 1891. 1. 486, S. 91. 1. 102 ; Dijon, 14 juin 1880, S. 81. 2. 126 ; Aix, 6 janvier 1890, S. 90. 2. 89.

(286) Nîmes, 20 juin 1860, D. 1895. 2. 10, sous-note a) ; Pau, 31 mai 1893, D. 1895. 2. 10.

(287) Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 1078, 5°.

(288) Cf. les motifs de l'arrêt de la Cour de Pau du 31 mai 1893 précité... « même en considérant cette indemnité comme représentant la valeur de l'immeuble dotal, il ne saurait y avoir dotalité pour

tif, la subrogation au premier degré ne joue donc pas largement et de plein droit sous le régime dotal. Comme la subrogation au second degré, elle ne s'accomplit que sous le couvert de la loi ou du contrat de mariage.

Mais il est bien vrai que cette limitation n'est pas fondée. Les scrupules des arrêts sont, à cet égard, superflus, rien ne justifiant, dans de telles hypothèses, les entraves qu'ils croient devoir apporter (289).

683. — *Les biens réservés de la femme* fournissent un autre exemple de subrogation institutionnelle.

L'insertion de la subrogation dans l'institution des biens réservés est ici particulièrement intime, puisqu'elle entre dans la définition même du bien réservé. Celui-ci est, en effet, le bien « acquis par l'exercice de l'activité professionnelle de la femme » (article 224 du C. civ.). Or, il est clair que l'activité professionnelle ne procure directement à la femme que des sommes d'argent, elle-mêmes réservées naturellement. Le bien réservé procède donc essentiellement de l'emploi de ces sommes supposées ici individualisées par leur provenance (pour la preuve de cette provenance, cf. *supra*, N^os^ 397 et suivants). La définition des biens réservés fait donc appel à la subrogation réelle.

Celle-ci se révèle, en effet, le moyen exactement adéquat pour satisfaire le but visé par la loi dans cette institution particulière. Ce but est de soustraire les produits du travail de la femme à la libre disposition du mari, qui marque, notamment, le régime de communauté (290). Une telle intention s'applique naturellement à tout ce qui provient directement ou non du travail personnel de la femme. Il était donc normal que la notion de bien réservé contînt à la fois celle de capitalisation et de subrogation réelle. De fait, celle-ci intervient au premier chef pour fixer la consistance des biens réservés. Le droit de la femme, tel qu'il résultait de la loi du 13 juillet 1907 et tel que les articles 224 et suivants du C. civ. l'ont repris, c'est-à-dire un droit dérogeant aux règles habituelles des principaux régimes matrimoniaux, se trouve transporté des sommes gagnées sur tous les biens qui en proviennent. C'est naturellement au regard de ce seul but que

---

la somme représentant cette indemnité *alors, surtout, que le prix de l'immeuble dotal ne devient pas dotal de plein droit* » (l'indemnité a été déclarée susceptible de saisie-arrêt par un créancier de la femme). Quant à l'arrêt de la Cour de Nîmes du 20 juin 1860, il invoque l'art. 1553 du Code civ. pour donner la même solution.

(289) V. en ce sens Planiol et Ripert, *op. cit.*, N^os^ 1076 et suivants et surtout 1078.

(290) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 596.

la subrogation doit, ici, être interprétée. Il convient de l'étendre au remploi et à tous les biens provenant des gains personnels d'un façon quelconque. Cette extension ne fait dans son principe l'objet d'aucune contestation (291).

2e POINT. — *L'EXERCICE DU DROIT DE PREFERENCE DANS LES SURETES REELLES*

684. — Que l'exercice du droit de préférence dans les sûretés réelles s'analyse essentiellement en une subrogation réelle, que cette subrogation soit intimement intégrée dans l'institution que constitue toute sûreté réelle, c'est ce que l'illustration de développements plus généraux nous a fourni l'occasion de démontrer (cf. *supra*, N°s 554 et 624). Il convient ici de rechercher plus particulièrement comment doit s'interpréter et s'appliquer la décision spéciale de subrogation que constitue l'organisation du droit de préférence par le législateur.

Avant de résoudre cette question, il importe de préciser la façon dont elle se pose et quels en sont les intérêts.

I. — POSITION ET INTERETS DE LA QUESTION

685. — Il convient d'abord de préciser pourquoi la question de la subrogation réelle se pose spécialement à l'égard du droit de préférence dans les sûretés réelles. L'analyse de ce droit de préférence en une subrogation réelle repose sur le fait que le droit du créancier se transporte du bien grevé sur le prix de ce bien (cf. *supra*, N° 554). Or, ce phénomène de transport se retrouve également lors de la mise en œuvre du simple droit de gage *général* reconnu par les articles 2092 et 2093 du C. civ. L'opération, en quelque sorte fondamentale, qui consiste pour un créancier à saisir simplement un bien du débiteur pour le faire vendre et se payer sur le prix, est aussi une subrogation réelle puisqu'elle consiste à transporter le droit de gage du créancier, du bien vendu sur la créance du prix. Pourquoi alors la question du jeu de la subrogation réelle se poserait-elle seulement lorsque le créancier a une sûreté réelle sur le bien saisi, et à l'égard de cette sûreté ?

---

(291) Cf. Henry, *Thèse*, pp. 206 et suivantes. III. Une application nuancée en a été faite dans le cas de bénéfices commerciaux provenant pour partie du travail de la femme et pour partie des capitaux fournis par le mari : cf. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, *Suppl.*, N° 11, p. 10 ; Saleilles, *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1901, p. 205. Toute la difficulté, en cette matière, réside dans la preuve de la provenance (V. sur ce point *supra*, N°s 397 et suivante).

C'est qu'à la vérité, l'analyse de l'exercice du droit de gage *général* du créancier en une subrogation réelle n'offre aucun intérêt ni théorique, ni pratique. Aucun intérêt théorique, car le droit de gage général porte sur tout le patrimoine du débiteur, c'est-à-dire sur un groupe ouvert à toutes les acquisitions nouvelles (cf. *supra*, N^{os} 224 et 322 et suiv.). Ce droit englobe donc par lui-même, dans son objet, la créance du prix de vente sans que le recours à l'idée de remplacement soit nécessaire (292). Ce recours ne présenterait, au surplus, aucun intérêt pratique, puisque le créancier chirographaire n'aurait jamais sur le bien nouveau que son droit ancien, c'est-à-dire un droit égal à celui de tous les autres créanciers, résultat auquel on parvient sans la subrogation réelle (293).

Lorsque le droit du créancier se trouve renforcé par un droit réel sur un bien déterminé du débiteur, la subrogation réelle présente alors un intérêt évident : au point de vue théorique d'abord, parce que seul le concept de la subrogation réelle peut expliquer l'exercice sur un bien nouveau, d'un droit individualisé à l'origine sur un bien ancien déterminé ; au point de vue pratique ensuite, parce que le droit réel sur le bien ancien est normalement assorti du droit de préférence (cf. *supra*, N^{os} 497 et suivants), droit que la subrogation transporte *à son rang initial* sur la créance de remplacement (cf. *supra*, N° 554), ce qui permet au créancier nanti de sûreté réelle de primer sur cette créance les créanciers inférieurs en rang et les créanciers chirographaires. C'est pour ces raisons que la subrogation réelle, résultant de la réalisation du droit de garantie du créancier, prend tout son intérêt et se pose effectivement dans l'exercice du droit de préférence du créancier bénéficiaire d'une sûreté réelle. Poussant plus avant l'analyse, il convient alors de déterminer comment, sur ce plan précis, se pose exactement la question du jeu de la subrogation réelle.

686. — L'exercice du droit de préférence, tel que le prévoit et le réglemente le législateur, est une subrogation intégrée au cœur même de l'institution des sûretés réelles, dont elle constitue la fin et toute la raison d'être. Or, cette subrogation n'est expressément prévue qu'à l'égard du prix de

(292) C'est pour la même raison qu'on a admis sans discussion, en dehors de toute idée de subrogation réelle, la soumission des indemnités dues pour destruction de la chose, aux privilèges généraux sur tous les meubles : cf. Baudry-Lacantinerie et De Loynes, *Du nantissement, des privilèges et des hypothèques*, 3^{e} édit., I, N° 281.

(293) Rappelons toutefois que l'intérêt de la subrogation réelle apparaît lorsque exceptionnellement le droit de gage général s'individualise sur un bien, comme c'est le cas, par exemple, dans l'exercice de l'action paulienne, cf. *supra*, N° 609.

vente et même, plus précisément du prix d'adjudication, c'est-à-dire du prix provenant de la vente forcée, sur saisie. La question est de déterminer s'il est possible d'étendre cette subrogation réelle à d'autres créances de remplacement, ou s'il convient de la restreindre aux cas strictement prévus par la loi.

Nous avons déjà dégagé le principe relevant de la technique générale qui commande le jeu restrictif de la subrogation dans les sûretés réelles spéciales, comme dans tous les droits réels spéciaux. Ce principe s'applique strictement au fonctionnement de la subrogation dans « l'assiette » de la sûreté, c'est-à-dire dans la détermination des biens *matériels* sur lesquels la sûreté réelle peut se transporter dans sa phase conservatoire (cf. *supra,* N° 664). Il s'agit de rechercher ici si l'intégration de la subrogation réelle que constitue l'exercice du droit de préférence, dans l'existence de la sûreté, n'est pas de nature à permettre une extension de ces règles d'interprétation.

687. — Cette question présente un intérêt pratique considérable au regard de la détermination des droits des créanciers nantis de sûreté réelle, sur les *indemnités* représentatives du bien grevé (indemnités de responsabilité, d'assurances, indemnités gracieuses, cf. *supra,* N^{os} 241 et suivants). Aussi, s'est-elle posée très tôt (294) et a-t-elle suscité des controverses devenues classiques (295).

Il n'est pas douteux que l'attribution aux créanciers privilégiés et hypothécaires des indemnités représentant le bien

---

(294) Le premier arrêt rendu sur cette question paraît être celui de la Cour de Grenoble du 25 août 1826, S. Chr. 1926, p. 281. Il fut suivi par un arrêt de la Cour de Rouen du 27 décembre 1828. V. *Rep. de Juris. Prud. Dalloz* V°, Assurances, N° 84, p. 348. Ces deux arrêts ont admis l'exercice du droit des créanciers hypothécaires sur l'indemnité due en vertu de l'assurance de l'immeuble détruit.

(295) L'opinion faisant reposer l'attribution des indemnités aux créanciers nantis de sûreté relle, sur une subrogation réelle, a prévalu. Cf. Baudry-Lacantinerie et De Loynes, I, N^{os} 281 et suivants ; Planiol, pour les indemnités gracieuses et de responsabilité, II, N^{os} 3444 et 3452 ; Planiol et Ripert, XIII, par E. Becqué, N^{os} 965 et suivants ; Henry, *Thèse,* pp. 278 et suivantes, 281 et suivantes, 289 et suivantes ; Demogue, note S. 1906. 2. 137, § V ; Picard et Besson, *Rev. gén. des Assurances terrestres,* 1939, pp. 853 et suivantes ; Besson, notes J.C.P. 1941. II. 1720 et J.C.P. 1947. II. 3546 ; Becqué, note J.C.P. 1941. II. 1614 ; note signée P.L.P. D. 1947. J. 25. La thèse de la cession de créance a été soutenue par Ripert, *Droit maritime.* T. II, 1929, n° 1069 ; Colin, note D. 1927. 1. 57, col. 1. Celle de la subrogation, par Planiol pour les indemnités d'assurances, II, N° 3451 ; Perreau, *Rev. Crit.,* 1904, pp. 80 et suivantes. La jurisprudence a expressément fondé l'attribution des indemnités sur une subrogation réelle, cf. Civ., 4 décembre 1946, D. 1947. J. 25 ; J.C.P. 1947. II. 3456 ; Paris, 31 mars 1905, S. 1906. 2. 137, D. 1906. 2. 321 ; Pau, 15 juillet 1941, J.C.P. 1941. II 1720.

grevé réponde à un sentiment impérieux d'équité, du reste, souvent signalé (296). Il n'est pas normal, en effet, que l'accident qui a causé la destruction du bien grevé profite aux créanciers chirographaires en privant les créanciers privilégiés de leur droit de préférence. Cet accident est une circonstance aveugle. Il est certainement choquant sur le plan de la seule équité d'admettre qu'une telle circonstance rompe un équilibre volontairement et régulièrement établi sur le bien détruit.

Pourtant, manifestant des scrupules techniques que nous évoquerons (cf. *infra,* N° 689), la jurisprudence, dès le premier tiers du XIX[e] siècle, refusa l'exercice du droit de préférence des créanciers privilégiés et hypothécaires sur les indemnités (297).

La pratique remédia à cette solution en insérant dans les constitutions d'hypothèques une clause de cession ou de délégation de l'indemnité d'assurance aux créanciers hypothécaires (298). La parade était toutefois imparfaite. Si elle ne visait en fait que les indemnités d'assurances, c'est que celles-ci étaient jugées pratiquement les plus importantes. Mais une autre restriction était beaucoup plus grave : Les cessions et les délégations ne pouvaient intervenir que dans les sûretés conventionnelles. D'autre part, les cessions n'étaient opposables aux créanciers chirographaires qui si les formalités prévues par l'article 1690 du C. civ. avaient été observées. Enfin, les créanciers privilégiés et hypothécaires se trouvaient payés non pas dans l'ordre de leurs inscriptions, mais dans celui des cessions successives ou des formalités de l'article 1690 (299).

Dans ces conditions, une réforme législative s'imposait. Elle fut amorcée par la loi du 28 mai 1858 (art. 10), sur les marchandises déposées dans les magasins généraux. Elle accorda aux porteurs de récépissés ou de warrants l'exercice du droit de préférence sur les indemnités dues par les assureurs des marchandises. Le mouvement se développa par la loi du 10 décembre 1874 (article 17) sur l'hypothèque maritime qui décida que les créanciers ayant hypothèque sur le navire verraient leur droit reporté sur les sommes dues par

(296) Par les auteurs mêmes qui refusent pourtant le jeu extensif : cf. notamment Répertoire de jurisprudence Dalloz, V° Assurances, N° 84 ; Baudry-Lacantinerie et De Loynes, *op. cit.* ; Planiol et Ripert, XIII, par E. Becqué, N[os] 966 et 969.

(297) Cette jurisprudence date d'un important arrêt de la Cour de Cassation du 28 juin 1831 (S. 1831. 1. 290) qui fut suivi par Req., 20 décembre 1859, S. 1860. 1. 24 ; Grenoble, 27 février 1834, S. 1834. 2. 367 ; Paris, 11 mars 1852, D. 1855. 2. 251. Ces différents arrêts eurent à statuer à propos d'indemnités d'assurances.

(298) Cf. Henry, thèse, pp. 291.

(299) Cf. Baudry-Lacantinerie et De Loynes, I, N° 286 ; Demogue, S. 1906. 2. 137, § V ; Henry, *op. cit.*

les assureurs. Mais comme la seule inscription de l'hypothèque valait opposition au paiement, les compagnies d'assurances, gênées, insérèrent dans les polices des interdictions d'hypothéquer le navire sans leur consentement, ce qui paralysa, en partie, le crédit hypothécaire sur les navires. Aussi, la loi du 10 juillet 1885, s'inclinant devant les exigences des assureurs, supprima-t-elle l'innovation de l'article 17 de la loi de 1871. Mais le 19 février 1889, une loi beaucoup plus importante et beaucoup plus général intervint en cette matière. Ses dispositions sont aujourd'hui exactement reprises par la loi du 13 juillet 1930 (article 37, al. 1, 2 et 3) ainsi conçue : «Les « indemnités dues par suite d'assurance contre l'incendie, « contre la grêle, contre la mortalité du bétail ou les autres « risques, sont attribuées sans qu'il soit besoin de délégation « expresse (300), aux créanciers privilégiés ou hypothécaires « suivant leur rang. Néanmoins, les paiements faits de bonne « foi avant l'opposition sont valables.

« Il en est de même des indemnités dues en cas de sinis- « tre par le locataire ou par le voisin, en application des arti- « cles 1733 et 1382 du C. civ. ».

Ce texte, s'il n'est pas le seul, domine certainement tous les autres (301) par sa portée.

Celle-ci, d'abord, est très générale quant aux créanciers visés. Le texte, en effet, profite à tous les « créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang », c'est-à-dire à tous les créanciers nantis d'une sûreté réelle quelconque (gage, privilèges spéciaux mobiliers et immobiliers, hypothèques (302).

---

(300) Cette expression, utilisée par la loi de 1889, faisait allusion à la pratique des délégations conventionnelles qui lui était antérieure. Il ne convient pas, pour autant, de rejeter sur la base de cette rédaction la notion de subrogation réelle. Seule la règle compte, et le mécanisme qui en découle. Or, l'attribution des indemnités aux créanciers *suivant leur rang* est une subrogation. V. en ce sens la doctrine dominante et la jurisprudence citées *supra*, note 295.

(301) Il existe, en réalité, tout un mouvement législatif en faveur des créanciers privilégiés et hypothécaires. Ceux-ci voient traditionnellement leur droit reporté sur l'indemnité de dommages de guerre (cf. lois du 17 avril 1919, art. 10, du 12 juillet 1941, art. 12, du 28 octobre 1946, art. 35) ; sur les soultes d'échange en cas de remembrement foncier (loi du 9 mars 1941, art. 28, al. 3) ; sur l'indemnité d'expropriation pour cause d'utilité publique (décret-loi 8 août, 30 octobre 1935, art. 21 et 22) ; sur les sommes dues par l'administration aux colons algériens ayant fait l'objet d'une mesure de recasement (loi du 18 juillet 1941, art. 1er) ; enfin, l'exercice du droit des porteurs de warrants a été également reporté sur les indemnités d'assurances par les différentes lois qui ont créé ces warrants (cf. pour le warrant agricole la loi du 30 avril 1906, art. 5, § 3 ; pour le warrant hôtelier la loi du 8 août 1913, art. 10, modifiée par celle du 17 mars 1915 ; pour le warrant industriel la loi du 12 septembre 1940, art. 4, al. 3).

(302) Cf. Planiol et Ripert, XI, par E. Becqué, N° 970.

Mais le législateur s'est montré moins large quant aux indemnités ainsi attribuées. Si les indemnités d'assurance sont toutes visées, quel que soit le risque couvert (303), les indemnités de responsabilité sont limitées à celles, jugées sans doute les plus fréquentes, dues au propriétaire d'un immeuble en cas d'incendie par les locataires (article 1733 du C. civ.) et par les voisins (article 1382 du C. civ.) (304). Dès lors, la question se pose aujourd'hui de savoir si toutes les autres indemnités de responsabilité dues, pour une cause quelconque, au propriétaire d'un bien quelconque, ainsi que les indemnités gracieuses ou d'assistance, non expressément comprises dans les lois de 1889 et de 1930, doivent également être attribuées aux créanciers nantis de sûreté réelle sur le bien détruit. Il est superflu de souligner l'intérêt qui s'attache à la solution d'une telle question (304 bis), qui soulève le principe même de l'exercice du droit de préférence sur les indemnités : la loi de 1930 est-elle conforme, au contraire, aux principes qui régissent le droit de préférence ? Et par suite ce texte est-il d'interprétation large ou stricte ? Cette question revient à celle-ci, plus générale : l'exercice du droit de préférence doit-il ou non être admis, en principe, sur les indemnités et les autres créances d'argent représentant le bien grevé de sûreté ?

C'est à cette question qu'il nous faut maintenant apporter une réponse.

---

(303) *Op. cit.*, N° 966.

(304) *Op. cit.*, N° 970.

(304 bis) La même question se posait sous l'empire de la loi de 1930 pour les hypothèques maritimes, loi, à la différence de celle de 1889, ne visant que les assurances terrestres.

La loi du 19 février 1949 tranche aujourd'hui la question en matière maritime. L'article 192 du Code de commerce considère, en effet (selon une qualification discutable), comme « accessoires » du navire et du fret, frappés par les privilèges prévus à l'article 191, les différentes sommes et indemnités dues au propriétaire pour destruction, avaries, sauvetage du navire (art. 191, § 1°, 2°, 3°). L'article 191, § 3, al. 3, exclut, par contre, de ces accessoires les indemnités d'assurance. Il semble qu'on doive déduire de ces dispositions : 1°) que les indemnités autres que les indemnités d'assurances sont attribuées aux créanciers privilégiés d'après l'article 191, et, après eux, aux créanciers hypothécaires, et enfin seulement aux autres créanciers privilégiés (art. 191 bis nouveau) ; 2°) que les indemnités d'assurance sont attribuées à tous les créanciers *suivant leur rang d'inscription*, sans tenir compte des privilèges de l'article 191, puisque l'article 192 nouveau a cru devoir supprimer tout spécialement sur ces indemnités le rang de faveur prévu par ces privilèges par l'article 191 bis nouveau. Il est clair que si ces indemnités diverses n'avaient pas été considérées comme *frappées*, en principe, par toutes ces sûretés réelles, il n'aurait pas été besoin de prévoir un classement de faveur des indemnités de responsabilité, et surtout *une exclusion précise et spéciale* des indemnités d'assurance, des privilèges prévus par l'article 191.

II. — SOLUTION DE LA QUESTION

688. — Pour plus de clarté, il convient de dégager d'abord cette solution dans son principe, sauf à en préciser ensuite l'application.

A. — Principe

689. — Naturellement, la question ici posée ne concerne que les indemnités et plus généralement les créances de remplacement *qui représentent* le bien grevé de sûreté dans des conditions que nous avons étudiées en leur place (cf. *supra*, N^{os} 233 et suivants, 237 et suivants). Il s'agit de déterminer les possibilités offertes, à cet égard, par la technique des sûretés réelles au jeu de la subrogation réelle.

Même si l'on fait, en conséquence, abstraction des objections à ce jeu, tirées, notamment, du fait que l'indemnité d'assurance représente les primes (cf. *supra*, N° 248), les arguments qui ont servi à restreindre l'exercice du droit de préférence sur le prix et les créances spécialement prévues par un texte, sont fort divers. Indépendamment des affirmations pures et simples limitant, en principe, l'objet du droit de préférence à la créance du prix (305), on a simultanément invoqué plusieurs arguments. Les uns se fondent sur des principes généraux, comme celui tiré de la règle selon laquelle toute la matière des privilèges est de droit étroit, aucun privilège ne pouvant être créé sans un texte (306), argument qui repose, comme nous l'avons déjà démontré, sur une analyse inexacte du mécanisme de la subrogation réelle, puisque celle-ci ne crée pas de privilège *nouveau*, et se borne à *conserver* le privilège ancien sans même l'étendre (cf. *supra*, N° 534). Les autres concernent plus spécialement la subrogation réelle, tel celui qui s'appuie sur le caractère mobilier des créances d'indemnité pour refuser la subrogation de ces créances à l'*immeuble* grevé d'hypothèque ou de privilège (307), tel encore le recours pur et simple à la règle

---

(305) Cf. Capitant, *Rev. trimestr. dr. civ.*, 1919, § IV ; rappr. Planiol, II, N° 3441, Baudry-Lacantinerie et De Loynes, I, N^{os} 281 et 284. V. aussi Aix, 30 juillet 1940, J.C.P. 1940. II. 1519.

(306) Cf. Aubry et Rau, III, § 261, p. 230, note 11 quater ; Planiol et Ripert, XII, par E. Becqué, N° 161, rappr. N° 214 ; cf. aussi Demogue, Rev. crit., 1901, p. 301, cet auteur, tournant l'obstacle tiré de cette règle par le recours à l'action *de in rem verso*, argument repris par un jugement du Trib. com. du Havre du 8 octobre 1934, Gaz. Pal., 1934. 2. 827.

(307) Cf. Saleilles, note S. 1894. 2. 185 ; Baudry-Lacantinerie et De Loynes, I, N° 284 ; Répert, de jurispr. Dalloz, V° assurance, N° 84 ; cet argument a été repris en jurisprudence, cf. Civ., 28 juin 1831, précité (note 297) ; Req., 12 mars 1877, D. 1877. 1. 97, S. 1877. 1. 206 ; Paris, 11 mars 1852, précité (note 297).

classique refusant toute subrogation sans texte dans les titres particuliers (308). On a enfin invoqué la simple exégèse, en faisant remarquer que le texte de la loi de 1889 (repris par la loi de 1930) est nettement limitatif et que s'il avait voulu étendre l'exercice du droit de préférence à toutes les indemnités représentatives du bien grevé, rien ne l'empêchait de le faire, comme la loi belge du 16 décembre 1851 (art. 10), lui en donnait précisément l'exemple (309).

En vain, de tout temps, la solution extensive a-t-elle été défendue en raison des analogies qui existent entre le prix de vente et les indemnités, notamment les indemnités d'assurance (310) ; en vain, plus tardivement, Planiol a-t-il fait remarquer, du moins pour ce qui concerne les indemnités de responsabilité, qu'elle doivent être attribuées aux créanciers, en raison du préjudice personnel que cause à ces derniers la destruction du bien grevé (311) ; en vain, enfin, la théorie moderne de la subrogation réelle dans sa forme dernière fit-elle valoir que l'affectation du bien grevé de sûreté devait entraîner la subrogation réelle de plein droit (312). Tous ces efforts devaient bien provoquer un certain revirement de la doctrine en faveur de la subrogation réelle en cette matière (313). Mais il faut bien reconnaître que cette doctrine se borne à affirmer que l'indemnité doit être assimilée à un prix de vente, ce qui n'est pas suffisant pour clore la discussion. Toujours est-il que la jurisprudence, reculant devant l'admission d'un droit de préférence exercé dans des conditions

---

(308) Cf. Becqué, note J.C.P. 1941. II 1614.

(309) Cf. Aubry et Rau, *op. cit.*, Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, N° 291 ; Planiol et Ripert, XIII, par E. Becqué, N° 966 ; Beudant, I, N° 338 ; Becqué, note J.C.P. 1941. II 1614.

(310) Cf. Boudousquié, *in* Répert. de jurispr. Dalloz, V° assurance, N° 84, p. 347 (opinion datant de 1847) ; Darras et Tarbouriech, *Annales de Droit commercial,* 1889, N°s 19 et suivants, pp. 246 et suivantes, notamment N° 40.

(311) Planiol, II, N° 3444. Cette solution est, du reste, peu compatible, quoique en dise Planiol, avec l'analyse de la subrogation réelle en un transport du *droit réel* initial sur l'indemnité. Sur la base de l'article 1382, le créancier a simplement un *droit nouveau* à l'indemnité. Au surplus, l'opinion de Planiol ne peut valoir pour l'indemnité due sur la base de l'article 1733 du Code civil qui concerne la responsabilité *contractuelle* et ne peut donc constituer le locataire responsable directement envers le créancier hypothécaire inscrit sur l'immeuble (cf. Demogue, note S. 1906. 2. 137, § III.)

(312) Cf. Henry, thèse, pp. 280 et suivantes, 296 ; M. Picard dans Planiol et Ripert, III, N° 32 ; cet auteur limite la subrogation aux indemnités et n'étend pas aux biens de remploi, ce qui, sur la base de la seule idée d'affectation, est absolument illogique (comp. *supra,* N°s 446 et 447).

(313) Cf. Esmein, Sem. Jur. 1928, pp. 65 et suivantes ; Escarra et Rault, *Droit commercial,* I, N° 473, pour les indemnités de non-renouvellement du bail commercial, dans la mesure où ces indemnités représentent un élément du fonds.

non expressément prévues par la loi, et ne trouvant aucune analyse lui permettant de se passer de texte, demeure fermement opposée à la solution extensive (314). On se trouve ici en présence d'un cas typique de scrupules techniques faisant échec à la consécration d'une solution unanimement désirée.

Il reste à savoir si ces scrupules techniques sont fondés. Rien n'est moins sûr.

690. — Il est essentiel de rappeler, dès l'abord même de cette question qu'à partir du moment où la subrogation réelle est reconnue comme désirable, c'est-à-dire où on admet l'existence d'une destination en valeur dans la création même de la sûreté réelle (cf. *supra*, N^{os} 446 et 447), on doit rechercher si les facteurs techniques ne conduisent pas à l'*écarter*. Leur rôle étant passif, il ne peuvent que permettre ou interdire la subrogation, mais non la promouvoir (cf. *supra*, N^{os} 556 et suivants). Par conséquent, le problème ici posé consiste à déterminer si les scrupules manifestés par une partie de la doctrine et par la jurisprudence se fondent sur des données techniques interdisant positivement la subrogation.

Il n'est pas douteux que si l'on appliquait la subrogation réelle dans les sûretés réelles en fonction des seuls principes qui dominent la technique générale, on devrait aboutir à une solution restrictive (cf. *supra*, N° 686, *in fine*). Les auteurs récents qui recourent à la maxime classique *in judiciis singularibus...* ont certainement raison, à cet égard (cf. *supra*, N° 689 texte et note 308). Mais l'erreur fondamentale consiste justement à appliquer ces principes à la subrogation réelle qui résulte de l'exercice du droit de préférence. C'est précisément ce qu'ont fait tous les auteurs qui ont refusé la subrogation des indemnités à l'immeuble hypothéqué en raison du caractère mobilier de ces indemnités (cf. *supra*, N° 689 texte et note 307). Leur remarque, parfaitement pertinente dans la mesure où elle concerne la subrogation dans l'assiette de l'hypothèque (cf. *supra*, N° 572), ne saurait valoir à l'égard du droit de préférence.

Il existe, en effet, entre ces deux sortes de subrogations réelles, une différence capitale, car elle commande toutes les règles de fonctionnement. La subrogation réelle dans l'as-

(314) Req., 12 mars 1877, D. 77. 1. 97 ; Req., 2 août 1880, D. 81. 1. 228 (ces deux arrêts relatifs à des indemnités gracieuses) ; Paris, 8 décembre 1879, D. 81. 2. 23 (indemnité d'assurance sous le régime antérieur à la loi de 1889) ; Trib. Com. Havre, 8 octobre 1934, Gaz. Pal., 2934. 2. 827 (indemnité de non-renouvellement du bail commercial) ; Aix, 30 juillet 1940, confirmant un jugement du Trib. civ. de Draguignan du 24 décembre 1939, J.C.P. 1940. II. 1519 (indemnité de responsabilité sur la base de l'article 1384 du Code civil). Rapprocher cette jurisprudence de celle citée *supra*, note 297.

siette de la sûreté a pour but de maintenir le droit réel du créancier d'un bien matériel sur un autre bien également matériel. Une telle subrogation perpétue la sûreté considérée dans sa phase *conservatoire*. Et, à ce point de vue, la substitution d'un bien à un autre *n'entre pas du tout dans le cadre normal du fonctionnement de la sûreté*. C'est un phénomène accidentel, anormal. La sûreté constituée sur un bien matériel quelconque est, dans sa phase conservatoire, liée comme tout droit réel spécial à l'individualité physique dudit bien. La subrogation réelle ne peut y trouver place sans une décision spéciale. Est-il besoin de rappeler que la subrogation réelle qui réalise l'exercice du droit de préférence, se présente d'une façon absolument différente (cf. *supra*, N^{os} 554 et 624). Le transport du droit réel sur la créance du prix constitue *la réalisation normale prévue et voulue de toute sûreté réelle* (315). C'est pourquoi cette subrogation est intimement et essentiellement intégrée dans l'institution de la sûreté dont elle constitue toute la raison d'être et le but final.

Or, il est également essentiel de remarquer que *le transport du droit réel de garantie sur une créance d'indemnité concerne l'exercice du droit de préférence et non l'assiette de la sûreté* (316).

Il en va de même pour toute créance de somme d'argent qui doit être versée au débiteur. Sur un tel bien il ne peut y avoir, de par la nature même des choses, qu'un droit de préférence. Le créancier ne peut que se faire colloquer à son rang pour recevoir le paiement de sa propre créance dans la distribution de l'argent. Et il en est ainsi, même si cette créance garantie par la sûreté, n'est pas arrivée à l'échéance. Sans doute, faut-il alors admettre que le créancier privilégié ou hypothécaire ne peut toucher avant l'échéance le montant de sa créance que le débiteur de l'indemnité doit simplement conserver, voire consigner ; mais il n'en reste pas moins que le créancier nanti de sûreté réelle ne peut, sur la créance d'indemnité, que se faire colloquer (317) ; et cela, c'est l'exercice du droit de préférence.

Dès lors, la question de savoir si les indemnités doivent être attribuées aux créanciers nantis de sûreté réelle, suivant leur rang, pose purement et simplement la question de savoir comment doit s'interpréter la décision spéciale législative qui, en organisant les sûretés réelles et l'exercice du droit de préférence sur le prix, intègre cette subrogation dans l'institution de la sûreté réelle. Le problème se trouve ainsi

(315) Rappr. E. Becqué dans Planiol et Ripert, XII, N° 107.

(316) Cf. *op. cit.*, XIII, N^{os} 964 et suivants ; Demogue, note S. 1906. 2. 137, § V.

(317) Sur ces deux solutions, cf. *op. cit.*, N° 973.

naturellement orienté sur le plan de l'interprétation institutionnelle d'une décision spéciale de subrogation (cf. *supra*, N° 645) ; autrement dit, il s'agit de déterminer, sur le plan de la technique propre à l'institution de la sûreté réelle, quel est le champ d'application rationnel du droit de préférence : ce champ d'application est-il strictement limité au prix de vente et même au prix d'adjudication prévu par le législateur, ou inclut-il naturellement les créances représentant le bien grevé et notamment les créances d'indemnité ? Sur un tel terrain, la solution ne dépend plus des données de la technique générale, mais de celles fournies par la technique particulière et institutionnelle de la sûreté réelle.

691. — A cet égard, on ne doit certainement pas ignorer l'argument de texte tiré des lois de 1889 et 1930. Il est incontestable que la limitation renouvelée (en 1889 et 1930) de la subrogation, à certaines indemnités particulières, est peu favorable à la solution extensive (cf. *supra*, N° 689 texte et note 309). On ne saurait pourtant faire dépendre la solution définitive d'un problème aussi important d'une exégèse aussi limitée, sans au moins rechercher, au delà de la lettre des textes spéciaux, si les conclusions de cette exégèse correspondent à celles de l'analyse du mécanisme essentiel et fondamental du droit de préférence.

Or, cette analyse ne saurait se référer seulement à la loi de 1930, malgré tout spéciale et fortement influencée par les précédents pratiques que nous avons retracés (cf. *supra*, N° 687). Il importe, pour le moins, de compléter cette référence en se reportant aux textes *généraux* des Codes civil et de procédure civile, qui régissent la matière et qui sont beaucoup plus qualifiés pour révéler les ressorts essentiels du mécanisme. Le débat, ainsi élargi, pose alors cette question : pourquoi le législateur, en organisant le droit de préférence dans son ensemble, s'est-il borné à prévoir son exercice sur le seul prix de vente du bien grevé ? Doit-on déduire de ce fait une exclusion, explicite mais certaine et positive, des autres créances de remplacement (cf. *supra*, N° 690 début) ? De la réponse à cette question seule dépend une solution vraiment solide, à la fois sur les plans rationnel et textuel, du problème si fâcheusement résolu aujourd'hui.

692. — A la question ainsi posée, il existe certainement une réponse de bon sens. Le législateur n'a pensé qu'au prix de vente pour l'excellente raison que lorsqu'on organise à *l'avance* une institution qui a pour but de transformer un bien du débiteur en une somme d'argent partageable entre les créanciers, le moyen naturel qui s'offre est la mise en vente. Ce moyen est même pratiquement le seul. Dès lors que cette transformation est voulue à l'avance et doit être provo-

quée par les créanciers à la disposition desquels on la met, de quelle opération peut-elle résulter, sinon d'une vente et même d'une vente sur saisie ? Aussi est-il parfaitement compréhensible que le législateur, sur le plan institutionnel, n'ait songé qu'au prix de vente et même qu'au prix d'adjudication. Une telle raison, pour pertinente et sensée qu'elle soit en fait, n'en est pas moins contingente. Et, il est clair qu'on ne saurait en déduire une exclusion, fût-elle implicite, de l'exercice du droit de préférence sur les créances autres que le prix d'adjudication, et notamment sur les créances d'indemnité. Tout ce qu'on en peut conclure, c'est que les hypothèses faisant apparaître de telles créances sont tellement marginales et exceptionnelles par rapport à la saisie des créanciers, que le législateur n'y a pas pensé. Dès lors, la question de principe demeure entière et c'est dans l'analyse même du droit de préférence sur le prix d'adjudication qu'il convient d'en rechercher la réponse. Trouve-t-on dans cette analyse un élément précis qui soit *spécial* à ce prix, et qui justifie l'exercice sur lui *seul* du droit de préférence ?

Si l'on néglige l'élément procédural dérivé de la saisie et de l'adjudication qui s'explique par la raison contingente que nous venons d'évoquer, la créance sur laquelle le législateur a prévu l'exercice du droit de préférence présente les trois caractères suivants : a) elle *représente* le bien grevé de sûreté (cf. *supra,* N°s 234 et 237 et s.) ; b) elle procure une somme d'argent partageable entre les créanciers et permet ainsi l'exercice du droit de préférence ; c) enfin, elle a pour débiteur un acquéreur de l'immeuble. De ces trois éléments, les deux premiers jouent sûrement un rôle nécessaire et essentiel. Le droit de préférence exige, pour s'exercer et se résoudre, une somme d'argent partageable. Et la répartition de cette somme entre les créanciers au paiement préférentiel desquels le bien grevé est affecté, ne se conçoit que si elle représente ledit bien. Il est clair que la spécialité de la sûreté et plus généralement l'équilibre entre les créanciers d'un même débiteur seraient faussés si le droit de préférence s'exerçait sur une somme ne représentant pas le bien grevé (318). Mais le troisième élément, la présence d'un acquéreur, ne joue, lui, aucun rôle essentiel au regard de l'exercice du droit de préférence. Celui-ci, en effet, s'exerce dans le rapport juridique existant entre le créancier hypothécaire ou privilégié et son débiteur, c'est-à-dire dans le rapport principal

(318) D'où l'importance, à cet égard, de l'analyse que nous avons précédemment faite de la valeur représentative de l'indemnité d'assurance (cf. *supra,* N°s 247 et suivants). Ce fait explique aussi que les auteurs et les arrêts traitent simultanément les deux questions de la valeur représentative de l'indemnité et de la possibilité technique pour le droit de préférence de s'exercer sur elle.

de la subrogation réelle (cf. *supra,* N° 67). Dans ce rapport, le créancier attributaire oppose son droit aux créanciers inférieurs en rang et aux créanciers chirographaires. Tel est le siège du droit de préférence. Le rapport entre le débiteur et l'acquéreur de l'immeuble, au contraire, n'est que le rapport accessoire de la subrogation. A son propos, vaut seulement l'analyse de la contre-valeur et de la représentation réelle, mais non celle de la réalisation même de la subrogation. Par conséquent, l'exercice du droit de préférence, qui ne concerne que le rapport créancier-débiteur, ne saurait être influencé dans son principe par la qualité précise du tiers acquéreur ou de tout autre tiers qui n'intervient, au fond, que pour fournir une somme d'argent représentative du bien grevé et partageable entre les cranciers. Autrement dit, *la notion de vente ne joue, par elle même, aucun rôle essentiel dans l'exercice du droit de préférence.* Toute considération de la qualité spéciale de l'acquéreur méconnaît, en réalité, le mécanisme de la subrogation réelle et du droit de préférence. La vente et même l'adjudication n'est qu'un mode de transformation du bien grevé en argent. Mais ce mode importe peu par lui-même et d'autres fournissant les mêmes résultats sont parfaitement susceptibles de le remplacer. Seule la distribution de l'argent aux créanciers, dans le rapport juridique établi entre lesdits créanciers et le débiteur, intéresse nécessairement le droit de préférence (319).

Les éléments essentiels qui justifient, au fond, l'exercice du droit de préférence sur le prix de vente sont donc seulement : a) le fait que la créance du prix représente le bien grevé de sûreté ; b) le fait que cette créance a pour objet une somme d'argent. Or, ces deux éléments ne sont pas spéciaux au prix d'adjudication. Ils sont communs, au contraire, au prix de vente volontaire (cette vente peut se produire notamment en matière mobilière) et aux créances d'indemnités. Par conséquent, *l'exercice du droit de préférence doit être reconnu possible, en principe, sur toutes ces créances de somme d'argent, dans toute la mesure où elles représentent le bien grevé de sûreté.*

693. — Que cette solution soit, au fond, la plus « rationnelle » et la plus « satisfaisante », c'est ce que les auteurs mêmes qui s'y sont déclarés hostiles pour des raisons de pure exégèse ont senti et expressément reconnu (320). A ce sujet,

(319) le droit de préférence se présente, notamment en cela, comme fort différent du droit de suite qu'un acquéreur peut écarter par la procédure de la purge.

(320) Cf. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, N° 291, p. 292, « Rationnellement cette théorie (de l'extension) est très satisfaisante, car on ne voit pas de motifs pour distinguer entre ces indemnités (celles non prévues par la loi de 1889 et celles dont parle notre texte).

il n'est sans doute pas superflu de calmer les scrupules exégétiques qui peuvent s'opposer à la solution extensive.

Il faut d'abord remarquer que le rôle joué par le prix de vente tel que nous l'avons déterminé repose, lui aussi, sur une interprétation des textes. Et ces textes sont beaucoup plus généraux que celui de la loi de 1930, puisqu'ils sont contenus dans les Codes civil et de procédure civile et constituent la charte générale de tout le droit de préférence.

Ensuite, sur le terrain même de la loi de 1930, on a justement invoqué les travaux préparatoires de la loi de 1889 (dont le texte a été exactement repris en 1930) en faisant observer que les motifs qui ont décidé le Sénat à étendre la solution qu'il acceptait pour toutes les indemnités d'assurance aux indemnités de responsabilité valent pour *toutes* ces dernières. Ces raisons sont précisément la valeur représentative de ces indemnités et leur analogie avec un prix de vente (321). Et si la loi de 1889 s'est bornée à prévoir les indemnités de responsabilité dues par le locataire et le voisin en cas d'incendie, c'est parce que ces indemnités étaient considérées comme de beaucoup les plus fréquentes en pratique (322), considération qui se conçoit d'autant plus dans une loi dont l'élaboration a été fortement marquée par les circonstances et dont le but principal concerne le régime des assurances (cf. *supra,* N° 687).

Enfin, il existe aujourd'hui un autre texte spécial qui paraît bien favorable à la reconnaissance de principe du droit des créanciers hypothécaires et privilégiés sur les indemnités. Ce texte est la loi du 19 février 1949 sur l'hypothèque maritime, qui a modifié les articles 190 et suivants, du Code de commerce (cf. *supra,* N° 687 texte et note 304 bis). L'article 192 nouveau soumet à l'exercice des privilèges énumérés par l'article 191, c'est-à-dire primant les hypothèques sur le navire (art. 191 bis), un certain nombre d'indemnités et sommes prévues par les § 1°, 2° et 3°, parmi lesquelles les indemnités de responsabilité dues pour dommages matériels causés au navire et au fret. En revanche, ce même article 192 exclut expressément (§ 3°, al. 3) des mêmes privilèges les indemnités d'assurance. Ne doit-on pas penser que cette exclusion expresse, par une disposition spéciale de la loi aurait été inutile si le législateur n'avait pas considéré que ces indemnités étaient, *en principe*, frappées par les privilèges

(321) Cf. rapport de M. Lacombe au Sénat (séance du 6 mars 1888) cité par Darras et Tarbouriech (Annales de Droit commerc., 1889, N° 40), en faveur de l'extension.

(322) Cf. Planiol et Ripert, XIII, par E. Becqué, N° 966. On a même affirmé que ces deux types d'indemnités avaient été ajoutés aux indemnités d'assurance sans trop y réfléchir (cf. Demogue, note S. 1906. 2. 137, § IV).

(malgré le silence de la loi en matière maritime, la loi de 1930, visant seulement les assurances terrestres, cf. *supra*, note 304 bis) ? N'aurait-il pas suffi, en ce cas, de préciser que le § 1° de l'article 192 visait les indemnités de responsabilité, les indemnités d'assurance se trouvant alors automatiquement exclues par le silence même de la loi ?

En réalité, les scrupules exégétiques sont suffisamment fragiles pour être levés par ces différentes raisons. Fondés sur un texte spécial, ils ne devraient pas prévaloir sur l'analyse fondamentale du mécanisme mis en œuvre par le droit de préférence. Refuser d'attribuer aux créanciers privilégiés et l'hypothécaires selon leur rang toutes les créances d'argent représentant le bien grevé est une solution injuste ; elle est, au surplus, injustifiable, car elle relève d'une *mauvaise technique* qui rompt, pour des raisons qu'aucune analyse solide n'étaye, l'équilibre régulièrement établi entre les créanciers. La solution contraire répond seule à l'équité, à l'analyse du droit de préférence ainsi qu'au sens de l'évolution de toute institution en laquelle il existe une « force qui la pousse à se développer dans le sens où elle pourra le mieux remplir sa fonction » (323). Telle est la conclusion à laquelle conduit en cette matière l'analyse du droit de préférence en une subrogation réelle intégrée dans l'institution de la sûreté réelle.

Il nous reste à rechercher comment doivent s'en régler les détails d'application.

B. — Application

694. — Le droit de préférence du créancier sur la créance de remplacement étant en principe reconnu, comment ce droit peut-il s'exercer ?

Après avoir attribué aux créanciers hypothécaires et privilégiés, les indemnités d'assurance (art. 37, al. 1) la loi de 1930 ajoute (al. 2) que « les paiements faits de bonne foi avant opposition sont valables ». On déduit de ce texte que si le créancier n'a pas fait diligence en faisant opposition entre les mains de l'assureur avant le paiement de l'indemnité, il perd *définitivement* son droit de préférence (324). Il faut conclure, de là, qu'en cas de paiement valablement fait par l'assureur, aucune subrogation ne doit être éventuellement admise sur un bien acquis en remploi, même si la sûreté réelle, par sa structure technique, se prête à une telle subrogation (cf. *supra*, N°s 601 et suivants). D'autre part, sur la base de l'opposition prévue par les lois de 1889 et de 1930,

(323) *Op. cit.*, XIII, N° 971.
(324) *Op. cit., XII*, N° 107.

la jurisprudence a accordé au créancier une action directe contre l'assureur (325) et cette action est soumise à un régime spécial quant à la prescription (326) et à l'opposabilité au créancier des exceptions opposables à l'assuré (327).

Or, il est notable que toutes ces conditions d'exercice, plus ou moins directement issues de l'article 37, al. 1 et 2 de la loi de 1930, sont appliquées seulement aux indemnités d'assurance. Sans doute, la jurisprudence n'a-t-elle pas à se prononcer sur ce point. Mais la doctrine l'admet sans la discuter, sans même paraître songer que les règles légales et jurisprudentielles résultant des alinéas 1 et 2 (anciennement article 2 de la loi de 1889) puissent régir les indemnités de responsabilité prévues par l'alinéa 3 (anciennement article 3, al. 1 de la loi de 1889) (328). Dès lors, la question se pose à l'égard de ces dernières indemnités dans les mêmes termes que pour toutes celles sur lesquelles un droit préférence est reconnu aux créanciers en vertu des principes : comment ces créanciers peuvent-ils faire valoir leur droit ? La question mérite l'attention, non seulement en raison de sa portée pratique, mais encore parce que la base textuelle de l'article 37, al. 1 et 2 de la loi de 1930 étant écartée, il devient intéressant de déterminer dans quelle mesure les conditions créées à l'égard des indemnités d'assurance peuvent se rattacher pour les autres indemnités à la seule notion de subrogation réelle.

A ce point de vue particulier, il faut remarquer que toutes les conditions qui assurent l'efficacité du droit du créancier, nanti de sûreté réelle (opposition, action directe, etc...) concernent ses rapports avec le débiteur de l'indemnité. Or, la subrogation réelle s'accomplit dans les rapports entre le créancier et le débiteur (cf. *supra,* N° 692), Elle est donc, en principe étrangère aux conditions d'efficacité du droit du créancier dont elle établit seulement le principe sur la créance de

---

(325) Cf. Civ., 17 juillet 1911, D. 1912. 1. 81. L'opposition contraignant l'assureur à garder le montant de l'indemnité à la disposition du créancier, on a fait remarquer qu'il était difficile de refuser à ce créancier le droit de réclamer directement la somme conservée à son intention (cf. Planiol, note D. 1912. 1. 81).

(326) Cf. Picard et Besson, *Rev. gén. des assurances terrestres,* 1939, pp. 853 et suivantes.

(327) Cf. Civ., 2 décembre 1946, D. 1947. J. 25, note P.L.P., J.C.P. 47. II. 3546, note A. Besson. Cet arrêt a déclaré inopposables aux créanciers hypothécaires les déchéances encourues par l'assuré postérieurement au sinistre.

(328) Cf. Planiol, II, N^{os} 3445 et suivants, et 3451 ; Planiol et Ripert, XIII, par E. Becqué, N^{os} 970 et suivants ; Picard et Besson, *op. cit.* Cette opinion peut se justifier par le fait que l'opposition du créancier a été prévue dans la loi de 1889, dans l'intérêt des assureurs qui avaient fait échec à la loi de 1874, précisément parce que celle-ci stipulait que la seule inscription de l'hypothèque maritime valait opposition (cf. *supra,* N° 687).

remplacement. A priori, il ne faut donc attendre de la subrogation réelle, ni qu'elle tranche les difficultés qui peuvent surgir dans ce domaine, ni du reste qu'elle s'oppose à leur solution. C'est ce qu'on a parfois méconnu (cf. *infra,* N° 697). Il importe donc d'y insister quelque peu.

695. — La première question, celle qui, finalement, commande la plupart des autres, concerne la possibilité, pour le créancier, de faire *opposition* au paiement de toutes les indemnités autres que celles d'assurance.

Ce droit d'opposition représente certainement l'aménagement le plus efficace du droit du créancier. Il est, certes, évident que, même sans droit d'opposition, le créancier jouit d'une action en justice pour faire sanctionner le droit qui lui est reconnu par l'effet de la subrogation réelle. Pour cette action en justice, il peut se faire colloquer à son rang à l'encontre du débiteur hypothéqué, des créanciers chirographaires et de rang inférieur, dans la distribution du prix à provenir de la créance d'indemnité. Mais l'efficacité de cette action en justice est subordonnée au fait que l'indemnité n'ait pas déjà été payée. C'est, à cet égard, que le droit d'opposition présente toute son utilité : le créancier peut-il s'opposer à ce paiement afin de conserver tous ses droits ? Pour répondre à cette question, il convient d'en envisager notamment deux incidences.

a) D'abord, la reconnaissance du droit d'opposition peut jouer contre le créancier, dans la mesure où l'on admet que ce droit lui crée, en même temps, l'obligation de faire opposition avant le paiement pour sauvegarder son droit, c'est-à-dire dans la mesure où une certaine diligence est requise de lui. C'est ce que la doctrine admet pour les indemnités d'assurance : si le créancier n'a pas fait opposition, conformément à l'article 37, al. 2 de la loi de 1930, il perd *définitivement* son droit de préférence (cf. *supra,* N° 694 texte et note 324). Ainsi entendu, le droit d'opposition reconnu au créancier a pour effet d'empêcher toute subrogation éventuelle au second degré, dans le cas où l'indemnité aurait été payée de bonne foi au débiteur avant opposition et où le montant en aurait été remployé (cf. *supra,* N° 694). Certes, cette subrogation au second degré est le plus souvent, de toute façon, impossible en raison de la spécialité matérielle de la sûreté (cf. *supra,* N° 664). Mais la subrogation au second degré serait encore interdite alors même que, par exception, la sûreté ne serait pas marquée par cette spécialité matérielle (cf. *supra,* N°s 601 et suivants). Or, ce dernier effet est difficile à admettre sans l'appui d'un texte. La subrogation réelle, dans le cadre d'une destination en valeur est, en effet, douée d'un véritable dynamisme (cf. *supra,* N°s 560 et 590) ; et lorsque

la technique ne lui oppose pas d'obstacle, elle *doit* jouer. Seul, un texte peut alors faire échec à ce dynamisme.

b) Ensuite, le droit d'opposition, comme il est normal, joue en faveur du créancier en ce sens que, l'opposition une fois faite, le débiteur de l'indemnité ne peut plus valablement se libérer entre les mains du débiteur victime de l'accident. Cet effet, qui fait obstacle au paiement d'une dette par son débiteur normal à son créancier normal, à l'échéance, ne peut être admis sans l'appui d'un texte, en raison de son caractère gravement dérogatoire au droit commun.

Il faut donc conclure que le droit d'opposition ne peut être reconnu au créancier qu'en vertu d'un texte. Quel peut être ce texte pour les indemnités autres que les indemnités d'assurance ? La solution la plus simple et la plus satisfaisante, serait sûrement d'étendre, à cet égard, l'article 37, al. 2, de la loi de 1930. Mais vu le refus de la doctrine d'appliquer cette disposition aux indemnités prévues par l'alinéa 3 de l'article 37 (329), on peut douter encore plus de son extension éventuelle à toutes les autres indemnités. La base textuelle de la loi de 1930 étant ainsi écartée, il reste seulement les textes généraux des Codes civil et de procédure civile sur lesquels peut se fonder le principe même de l'exercice du droit de préférence sur toutes les indemnités (cf. *supra,* N° 693). Or, si de l'analyse du mécanisme fondamental créé par les codes, on peut déduire *le principe* d'une subrogation réelle étendue à toutes les créances de remplacement, il n'est certes pas possible de rattacher à de tels textes une réglementation aussi précise que la stipulation d'un droit d'opposition qu'ils ne contiennent pas expressément. Et, comme il est certainement encore moins possible d'admettre, sans texte, que la simple inscription des privilèges et hypothèques vaille opposition, comme d'autre part, la notion de subrogation réelle, si elle détermine le nouvel objet du droit de préférence ne postule aucunement, par elle-même, les conditions techniques précises de l'efficacité du droit ainsi transporté, on en arrive à refuser au créancier tout droit d'opposition au paiement des indemnités autres que celles d'assurances (330).

---

(329) Cf. *supra,* N° 694. La rédaction des textes permettrait pourtant cette extension : après avoir prévu l'opposition au paiement des indemnités d'assurance (al. 2), l'article 37 (al. 3) ajoute, en effet : « Il en est *de même* des indemnités dues en cas de sinistre par le locataire ou par le voisin... » Cette disposition marque un suffisant souci d'identité pour que celle-ci s'entende non seulement par rapport à l'alinéa 1°, mais encore par rapport à l'alinéa 2°.

(330) Si on admettait l'extension de l'art. 37, al. 2, de la loi de 1930 aux indemnités prévues à l'alinéa 3, on voit alors tout l'intérêt que présenterait la détermination de la base textuelle reconnue à l'admission large de la subrogation réelle. Si on trouvait cette base

En conséquence, le droit des créanciers sur les indemnités autres que celles d'assurance, doit se trouver sanctionné seulement par une action en justice, dans les conditions du droit commun, ce qui limite incontestablement l'efficacité de leur droit. Mais, en revanche, aucune procédure particulière ne les astreint à une certaine diligence en même temps qu'elle renforce la sauvegarde de leur droit ; il faut en conclure que le versement de l'indemnité au débiteur, n'éteint pas forcément leur droit de façon définitive (comp. *supra,* N° 587). Rien n'autorise alors à refuser, en principe, la subrogation réelle sur un bien acquis en remploi par le débiteur avec l'argent provenant de l'indemnité. Seulement, il est capital de rappeler que cette subrogation au second degré n'est possible que dans la mesure où la sûreté réelle n'est pas par elle-même attachée à l'individualité matérielle de son assiette (cf. *supra,* N° 601 et suivants). *Cette extension à la subrogation dans l'assiette de la sûreté ne saurait aucunement se fonder sur la décision spéciale intégrant le droit de préférence dans l'institution de la sûreté.* L'interprétation large de la décision spéciale trouve, en effet, dans les buts institutionnels, sa raison et sa limite logique (cf. *supra,* N° 645). Elle ne doit pas déborder du cadre de l'institution. Or, la subrogation réelle dans l'assiette de la sûreté est précisément hors de ce cadre : il n'entre pas dans la fin normale de toute sûreté réelle de se transporter d'un bien matériel sur un autre. Elle demeure donc étrangère à la décision spéciale de subrogation que nous étudions ici et ne peut s'appuyer sur elle. L'interprétation extensive de la décision spéciale que représente le droit de préférence, trouve ainsi sa limite naturelle dans la notion d'institution (331).

Enfin, d'autres conséquences qu'on a tirées du droit d'opposition, paraissent elles aussi, difficilement extensibles aux indemnités autres que celles d'assurance.

696. — La principale de ces conséquences concerne certainement *l'action directe* du créancier contre le débiteur de l'indemnité. Cette action est reconnue par la jurisprudence au créancier contre *l'assureur* du débiteur (332) sur la base de la loi de 1889, aujourd'hui remplacée par l'article 37 de la loi de 1930. Cette base ferait évidemment défaut pour toutes

---

dans la loi de 1930, interprétée largement en raison de sa conformité aux principes généraux, le droit d'opposition se trouverait, lui aussi, étendu *ipso facto* ainsi que toutes les conséquences qu'on y rattache. Cette solution serait, sans aucun doute, la plus heureuse.

(331) Et non comme on l'a soutenu (cf. Planiol et Ripert, III, par M. Picard, N° 32) dans celle d'affectation, en application de laquelle cette limitation est illogique.

(332) Depuis l'arrêt de Civ., 17 juillet 1910, D. 1912. 1. 81, note Planiol, S. 1915. 1. 145, note Naquet.

les indemnités non prévues par ce texte et dont l'attribution aux créanciers reposerait seulement sur une subrogation réelle reconnue conforme aux principes généraux du droit de préférence. Mais ce manque de texte précis ne saurait, en réalité, servir de motif sérieux au refus de l'action directe contre le débiteur de n'importe quelle indemnité. Comme on l'a fort justement fait observer (333), le caractère légal du droit direct du créancier contre l'assureur du propriétaire est, en réalité, affirmé par une jurisprudence purement prétorienne se fondant sur un texte qui n'a pas prévu spécialement cette action. L'action directe du créancier contre le débiteur de toute indemnité ne devrait pas offrir plus de difficulté, à cet égard du moins.

Toutefois, la question de savoir si le créancier jouit d'un droit d'opposition pour toutes les indemnités peut réagir sur l'action directe. En matière d'assurances, celle-ci est, en effet, fondée par la doctrine sur le fait que la loi de 1889 (aujourd'hui celle de 1930) oblige l'assureur à garder l'indemnité pour en faire bénéficier les créanciers à qui l'indemnité est réservée. On a fait observer que, dans ces conditions, il était bien difficile d'empêcher les créanciers de réclamer directement à l'assureur les sommes que celui-ci gardait à leur intention (334). Or, cette obligation de conserver l'indemnité mise à la charge de l'assureur résulte de l'opposition que le créancier a faite au paiement, conformément à l'article 37. al. 2. de la loi de 1930. Dès lors, si l'on refuse ce droit d'opposition pour toutes les indemnités autres que celles d'assurance (cf. *supra,* N° 695), le fondement habituellement reconnu à l'action directe fait défaut.

C'est à ce propos qu'il importe de faire remarquer qu'il ne conviendrait pas de le chercher dans la notion même de subrogation réelle. Celle-ci ne concerne pas le rapport du créancier et du débiteur de l'indemnité, mais celui du même créancier et du propriétaire du bien grevé de sûreté. Dans ce rapport, la subrogation réelle transporte, sur la créance d'indemnité, le droit initial du créancier, c'est-à-dire son droit *de garantie.* Or, ce droit de garantie ne comporte pas nécessairement une action directe contre le débiteur de l'indemnité. Pour que cette action directe soit reconnue de plein droit, il faudrait que le créancier fût devenu créancier *personnel* du débiteur de l'indemnité. Un tel effet n'est pas produit par la subrogation réelle. Sans doute, celle-ci n'interdit-elle pas que cette action directe soit *au surplus* consacrée. Mais elle y est, par elle-même, *étrangère.* C'est ce que *souligne* l'arrêt de la Cour de Cassation du 4 décembre 1946

(333) Cf. note P.L.P., D. 1947. J. 25.

(334) Cf. Planiol, note D. 1912. 1. 81 ; Picard et Besson, *Rev. gén. des assurances terrestres,* 1939, p. 853.

en voyant dans l'attribution directe de l'indemnité au créancier un droit *légal* reconnu *en propre* à celui-ci (335). Il faut voir, dans ce droit propre, un effet *supplémentaire* ajouté par la loi (d'après la jurisprudence) à la subrogation réelle et destinée à en renforcer les effets.

La même remarque essentielle doit être faite à propos du régime applicable à l'action directe.

697. — Ce régime, étant commandé par l'idée de droit propre directement reconnu par la loi au créancier contre le débiteur de l'indemnité, échappe logiquement lui aussi aux conséquences qu'on peut tirer de la notion de subrogation réelle.

Ainsi, d'abord, on peut admettre avec les auteurs (336) que la *prescription* de cette action directe échappe, en matière d'assurance, à la prescription biennale dont l'article 25 de la loi de 1930 frappe « les actions dérivant d'un contrat d'assurance ». Ce régime particulier, qui se rattache fort bien à l'idée de droit propre et légal, n'est, en aucune façon, commandé par l'idée de subrogation réelle, étrangère à ce droit propre.

Ainsi, encore, le régime de *l'opposabilité des exceptions* au créancier, doit être tranché indépendamment de toute idée de subrogation réelle. La question s'est posée à propos des exceptions encourues par l'assuré après le sinistre. Certes, on a fort justement remarqué que la notion de subrogation réelle, à elle seule, ne conduit pas à modifier le régime de ces exceptions et à faire déclarer inopposables au créancier des exceptions qui auraient été normalement opposables au propriétaire (337). La notion de subrogation réelle n'autorise, en effet, aucune modification du contrat d'assurance. Par suite, le créancier doit exercer son droit de garantie sur la créance d'indemnité telle que celle-ci se trouve dans le patrimoine de l'assuré en vertu du contrat d'assurance, dans la mesure seulement où ce contrat l'y fait naître et avec toutes les réserves issues de ce contrat. Mais il faut remarquer que ce résultat n'est pas un effet positif de la subrogation réelle. Celle-ci ne *postule* pas, par elle-même, l'opposabilité

---

(335) Cf. Civ., 4 décembre 1946, D. 47 J. 25, « Attendu que ce texte de loi (l'art. 37) *en même temps* qu'il subroge à la chose... l'indemnité..., attribue l'indemnité aux créanciers... ; ...que cette attribution investit les bénéficiaires d'une action directe et d'un droit propre contre l'assureur ». V. aussi la note signée P.L.P. analysant cet arrêt.

(336) Cf. Picard et Besson, *op. cit.*

(337) Cf. Demogue, note D. 1906. 2. 137 ; Besson, note J.C.P. 1941. II. 1720. Ce raisonnement a été repris en jurisprudence : la subrogation réelle a été invoquée pour justifier l'opposabilité au créancier des exceptions postérieures au sinistre : cf. Grenoble, 26 juillet 1919, rec. per. ass. 1921. 33 ; Pau, 15 juillet 1941, J.C.P. 1941. II. 1720.

des exceptions postérieures au sinistre. Cette opposabilité résulte du contrat d'assurance auquel la subrogation ne change rien. A plus forte raison, ne faut-il pas dire, avec certains auteurs (338) que la subrogation réelle *interdit* l'inopposabilité de ces exceptions. Cette inopposabilité n'est pas du tout incompatible avec la subrogation réelle puisque, comme d'autres auteurs (339) l'ont fort bien montré, ces deux questions sont *étrangères* l'une à l'autre. L'inopposabilité se rattache simplement au droit propre et direct du créancier. Ce droit étant reconnu avec ses caractères, il importe d'en assurer l'efficacité. Cette idée d'efficacité du droit direct ne relève pas plus de la subrogation réelle, que ce droit direct lui-même (cf. *supra,* N° 696). C'est ce que la Cour de Cassation a discerné, lorsque dans son arrêt du 4 décembre 1946 (340) elle a déclaré les déchéances postérieures au sinistre inopposables au créancier hypothécaire ou privilégié, contrairement à la jurisprudence qui paraissait devoir prévaloir devant les Cours d'Appel (341). La Cour Suprême a alors fondé ce régime d'inopposabilité sur le caractère légal du droit direct reconnu en propre au créancier et non sur la subrogation réelle, dont elle a, au demeurant, rappelé la notion. Cette nuance respecte scrupuleusement l'analyse du mécanisme mis en œuvre.

La même analyse devrait naturellement triompher si une action directe était reconnue au créancier pour toute indemnité. Il ne faudrait pas recourir alors à l'idée de subrogation réelle pour déclarer les exceptions postérieures à l'accident inopposables au créancier. Cette inopposabilité devrait être déduite du caractère légal de l'action directe, caractère dont l'affirmation de principe s'imposerait d'autant plus.

APPENDICE. — *APERÇUS SUR LA SUBROGATION REELLE DANS D'AUTRES INSTITUTIONS JURIDIQUES*

698. — Les exemples de subrogations institutionnelles que nous venons de citer suffisent à montrer tout le parti qu'on peut tirer de la notion d'intégration dans une institution et de quel assouplissement le jeu de la subrogation est ainsi susceptible de s'enrichir. Naturellement, il existe d'autres institutions faisant appel à la subrogation. Nous ne saurions les citer toutes. L'appréciation de l'intégration relève de l'interprétation propre à chaque cas particulier. Nous en donnerons rapidement ici deux exemples contraires.

(338) Picard et Besson, *op. cit.* ; Besson, note précitée.
(339) P.L.P., note D. 1947. J. 25.
(340) D. 1947. J. 25.
(341) Cf. Grenoble, 26 juillet 1919, Pau, 15 juillet 1941, précités.

699. — La subrogation réelle paraît intégrée par le législateur dans l'institution des *substitutions fidéicommissaires permises.*

Dans le cadre d'une indisponibilité en nature assez étroite, la loi prévoit, dans certains cas, l'aliénation par le grevé des biens frappés de substitution (cf. *supra,* N° 128). Or, dans ces cas, elle a expressément recours à la subrogation réelle pour perpétuer la consistance de fidéicommis. Il en est ainsi lorsque la substitution comprend des meubles ou des fonds en argent (art. 1065 et suivants du C. civ.). Les meubles doivent être vendus et l'argent remployé, de même que l'argent directement compris dans la substitution, doit faire l'objet d'un emploi. Cette utilisation de la subrogation réelle dans les deux hypothèses où la loi a prévu un fléchissement de l'indisponibilité en nature atteste la volonté du législateur de faire du moins prévaloir une indisponibilité en valeur, au profit des appelés. Le maintien de la consistance du fidéicommis rappelle celui de la dot (cf. *supra,* N° 682). La subrogation réelle se présente comme une pièce de l'institution, qui y a été insérée dans les hypothèses de fluctuations que la loi a envisagées. Elle doit, logiquement, fonctionner dans tous les cas non expressément prévus, mais où elle répond aux mêmes buts. Ainsi, si un bien grevé de substitution était détruit, on devrait lui subroger la créance d'indemnité due au grevé à raison de cette destruction et éventuellement les biens acquis en remploi de cette indemnité. Cette subrogation réelle répond exactement à la mission institutionnelle que le législateur lui a assignée dans les deux hypothèses de fluctuations auxquelles il a songé.

Cette subrogation institutionnelle peut, du reste, se trouver élargie au détriment de l'indisponibilité en nature par des clauses d'aliénation sous condition de remploi, insérées par le constituant dans l'acte créant la substitution (342).

700. — Par contre, il paraît difficile d'admettre l'intégration de la subrogation réelle dans l'institution du *bien de famille.*

Sans doute, le législateur (art. 12, 14 et 15 de la loi du 12 juillet 1909) a-t-il expressément prévu la subrogation des indemnités d'assurance et d'expropriation pour cause d'utilité publique au bien de famille détruit ou exproprié. Mais on peut douter que la loi ait entendu, pour autant, conserver par ce moyen la consistance du bien de famille, chaque fois que celui-ci serait atteint par une fluctuation matérielle. Si le bien de famille est insaisissable (cf. *supra,* N° 142), il est,

---

(342) Cf. Henry, thèse, p. 245.

au contraire, aliénable dans les conditions prévues par les articles 10 et suivants de la loi de 1909 (cf. *supra,* N° 143). L'aliénation constitue même le type le plus courant de fluctuation matérielle pouvant atteindre pratiquement le bien de famille. Or, en ce cas, la subrogation réelle n'est nullement prévue. Bien mieux, elle est fort peu compatible avec d'autres règles techniques régissant la création et la disparition du bien de famille. L'article 13 de la loi de 1909 implique, en effet, qu'en cas de substitution d'un bien de famille à un autre, le nouveau bien doit faire l'objet d'une *nouvelle constitution* indépendante de la première. C'est donc un régime nouveau d'insaisissabilité (cf. *supra,* N° 142) qui, là, s'applique au nouveau bien. Ce phénomène est exclusif de la subrogation réelle. Il faut donc admettre, en principe, que, dans tous les cas de substitution volontaire d'un bien de famille à un autre, la simple preuve de la provenance matérielle pouvant éventuellement unir le nouveau bien à l'ancien n'entraîne pas le transfert du régime ancien. Il y a simplement lieu à une constitution nouvelle.

Cette règle générale paraît exclure la subrogation réelle en cas de remploi. Sans doute, peut-on admettre, sur la base même des travaux préparatoires de la loi de 1909 (cf. *supra,* N° 143 texte et note 288), que la femme ou le Conseil de famille, autorisant l'aliénation en vertu de l'article 11, puisse subordonner cette aliénation à un remploi. Mais ce remploi ne peut entraîner de subrogation réelle, c'est-à-dire l'application au bien nouveau du régime issu de la constitution ancienne. Une telle subrogation irait à l'encontre de l'article 13, qui exige une constitution nouvelle (343). En tout cas, en l'état du régime technique général du bien de famille, il ne paraît pas possible d'admettre l'intégration de la subrogation réelle dans cette institution, sur la seule base des articles 12, 14 et 15 de la loi de 1909. La concordance entre la subrogation et l'ensemble de la technique institutionnelle qui est un élément essentiel de l'intégration de la subrogation (cf. *supra,* N°s 624 et suivants) fait ici défaut.

Le régime du bien de famille, par l'insaisissabilité qu'il entraîne se révélant dérogatoire au droit commun, ne saurait donc se perpétuer, en principe et de plein droit, par subrogation réelle. Et les décisions de subrogation qu'il comporte doivent s'interpréter strictement.

Cet exemple paraît fort propre à illustrer la méthode en vertu de laquelle il convient de rechercher si la subrogation est ou non intégrée dans une institution. La concordance avec

(343) M. Henry admet cette subrogation, sans rien dire de cet article 13 (cf. thèse, pp. 264 et suivantes).

un ensemble technique institutionnel, dont nous avons dégagé la nécessité sur le plan théorique (cf. *supra, ibid*), se trouve ainsi précisé dans sa vérification concrète. Si cette notion d'intégration doit être recherchée par une analyse nuancée propre à chaque cas particulier, les directives générales et rationnelles de cette analyse se dégagent, du moins d'une façon suffisamment compréhensive.

SECTION III

PUBLICITE DE LA SUBROGATION REELLE

701. — La publicité de la subrogation réelle constitue à la fois la question la moins étudiée (344) et la matière la moins réglementée. Le danger auquel on a pu craindre de voir les tiers exposés de ce fait a, du reste, suscité une hostilité persistante à l'égard de la subrogation réelle (345). Il importe donc d'autant plus de rechercher dans quelle mesure ces craintes sont fondées.

La publicité de la subrogation doit être distinguée de la preuve de la contre-valeur (346). La preuve de la contre-valeur tend à établir une condition de fond à laquelle le jeu de la subrogation est subordonné. La publicité de la subrogation suppose cette dernière *accomplie* dans son principe et règle les conditions dans lesquelles les tiers en sont avertis. Il faut seulement remarquer que certains modes de preuve, comme celui qui résulte de l'article 1434 du C. civ., comportent, *en même temps,* une certaine publicité susceptible d'avertir les tiers (cf. *infra,* N° 704). Mais pour aller ensemble, les deux notions n'en demeurent pas moins distinctes : la preuve de la contre-valeur, condition de la subrogation, concerne l'origine du bien nouveau ; la publicité

(344) V. quelques rudiments de cette question dégagés dans Demogue, Rev. crit., 1901, pp. 307 à 310.

(345) Cf. Ripert et Boulanger, I, N°s 2527 et 2528.

(346) V. la confusion commise dans Henry, Thèse, pp. 139 et suivantes, qui dit par exemple (p. 139) : « S'il y a échange d'un bien nouveau contre un bien ancien, la consultation de l'acte d'échange suffira à donner au tiers toute satisfaction. »

extériorise la subrogation tout entière. Le fait que l'article 1434 contienne ces deux notions n'atténue en rien la distinction.

702. — La publicité ainsi entendue n'est l'objet d'aucune organisation. L'état anarchique de la subrogation réelle dans notre technique juridique actuelle, et particulièrement dans notre législation, se fait ici sentir d'une façon particulièrement vive. C'est donc à la lumière des seuls principes généraux que la plupart des problèmes de publicité doivent se résoudre. La subordination de la subrogation réelle à la technique générale trouve, en cette matière, son expression à la fois la plus nette et la plus exigeante.

En l'état de cette inorganisation, un principe de bon sens paraît s'imposer : *les tiers doivent bénéficier, par rapport au bien nouveau, des mêmes garanties que celles dont ils jouissaient par rapport au bien ancien.* Ces garanties, si elles doivent, en principe, être conservées, ne sauraient non plus être augmentées. Il n'appartient notamment pas à la subrogation réelle d'améliorer les conditions dans lesquelles les tiers étaient avertis de l'existence du droit sur le bien ancien. Ce principe de bon sens entre, du reste, dans la ligne de l'esprit strictement conservateur qui inspire la subrogation réelle (comp. *supra,* N^os^ 411 et suivants).

En application de ce principe, deux faits devraient normalement être portés à la connaissance des tiers.

Le premier est le report du droit sur un bien nouveau, c'est-à-dire le phénomène de subrogation proprement dit. La publicité, de ce fait, répond très exactement à l'idée de maintien des garanties des tiers. En informant ceux-ci du report du droit, on porte à leur connaissance l'existence de ce droit sur le bien nouveau. Le droit s'oppose alors à eux sur ce bien, mais seulement dans les conditions et dans la mesure où il s'opposait relativement au bien ancien. Les tiers ne sont avertis que du *changement d'objet.* Ainsi se pose une première question : comment est organisée la publicité de ce changement d'objet, c'est-à-dire du report du droit d'un objet sur un autre ?

Mais sur la base de cette donnée très générale, une seconde question peut se poser. Lorsque l'existence du droit sur le bien ancien était assortie d'une publicité spéciale à ce bien, l'idée même du maintien de la garantie des tiers conduit à faire publier également l'existence du droit sur le bien nouveau. A la publicité spéciale du bien ancien doit logiquement correspondre une publicité spéciale du bien nouveau. Il nous faudra envisager ce second aspect de la publicité de la subrogation réelle.

§ 1er. — Publicité du report du droit d'un objet sur un autre

703. — On ne trouve, en cette matière, que peu de textes aboutissant à une certaine publicité. Hors de leur champ d'application, il convient d'appliquer les principes généraux qui sont loin d'assurer une publicité efficace.

704. — Si l'on néglige certaines dispositions spéciales, telle la loi du 16 septembre 1871, autorisant le remploi en rentes sur l'Etat et stipulant que « ... dans ce cas..., l'immatriculation de ces rentes au grand livre de la dette publique, en indique l'affectation spéciale » (346 bis), le texte qui organise une certaine publicité de la subrogation proprement dite est l'article 1434 du C. civ. Cet article requiert, pour que le remploi d'un propre de communauté s'accomplisse, une déclaration du mari faite dans l'acte d'acquisition et indiquant l'origine des deniers employés et leur affectation en remploi (cf. *supra,* Nos 358 et suivants).

Nous avons montré que cette disposition concerne, en réalité, la *preuve* de la provenance et qu'elle est strictement respectée à l'égard des tiers (cf. *supra,* Nos 368 et suivants et 374). Il n'en reste pas moins que cette preuve se trouve assortie d'une publicité de la subrogation dans la mesure où l'acte d'acquisition contient l'indication non seulement de l'origine des deniers, mais encore *du remploi lui-même.* Dans cette mesure seulement, il est exact de voir dans l'article 1434 une règle de publicité (347).

Il faut, du reste, remarquer que cette publicité est, par elle-même, assez imparfaite. Elle vaut ce que vaut celle de l'acte d'acquisition. Or, cet acte peut très bien demeurer inconnu des tiers qui ne le découvrent que lorsqu'on s'en sert comme mode de preuve contre eux. Si, comme mode de preuve de la provenance, les prescriptions de l'article 1434 sont très satisfaisantes (cf. *supra,* Nos 369 et suivants), elles sont, en revanche, assez insuffisantes en tant que mesures de publicité, car elles sont impropres à *avertir* efficacement les tiers de la subrogation.

D'autre part, cette publicité particulière de la subrogation n'a que le champ d'application reconnu à l'article 1434 lui-même. C'est seulement dans la mesure où l'article 1434 est respecté comme mode de preuve de la provenance qu'il réalise, en même temps, une certaine publicité de la subrogation. Or, nous avons vu que ce champ d'application est assez

---

(346 bis) Cette loi a été suivie d'un certain nombre d'autres, cf. Planiol et Ripert, VIII, par M. Nast, p. 556, note 1.

(347) Comp. Henry, pp. 140 et suivantes.

limité (cf. *supra*, N°s 393 et suivants). Hors de ces limites, la solution du problème de publicité doit être recherchée dans les principes généraux.

705. — Ceux-ci font, en réalité, ressortir les lacunes qui résultent de l'absence d'une construction d'ensemble de la subrogation réelle en droit positif.

a) Lorsque la subrogation joue de plein droit, quant au fond, il n'existe aucun moyen qui puisse juridiquement s'imposer aux parties pour informer les tiers. Et il est clair que la simple publicité de la provenance ne peut alors suffire à publier la subrogation elle-même. Un échange, par exemple, établit bien, par lui-même, l'origine du bien acquis ; et, dans la mesure où cet acte est lui-même publié ou simplement connu des tiers, ceux-ci sont effectivement informés de cette origine. Mais rien ne leur dit que tel droit a été effectivement reporté sur le bien acquis en échange. Si la provenance est une *condition* de la subrogation réelle (cf. *supra*, N° 277 et suivants), elle ne se confond pas avec elle.

b) Lorsque la subrogation joue en vertu d'une décision spéciale, la lacune est moins profonde.

Il en est notamment ainsi en cas de décision spéciale législative. Cette décision, par son caractère même, est réputée connue des tiers. Il suffit alors qu'ils soient également informés de la provenance pour être avertis de la subrogation réelle. Mais cette provenance elle-même est rarement publiée de façon efficace. Hors du champ d'application de l'article 1434, elle n'est portée à la connaissance des tiers que dans la mesure où elle résulte avec évidence de l'acte d'acquisition (par exemple en cas d'échange, de vente, quant à la créance du prix, etc...) et où cet acte est lui-même connu des tiers. Autant dire que cette publicité est encore très imparfaite ; elle l'est toutefois moins que lorsque la subrogation joue de plein droit, puisque la publicité de la provenance, à supposer même qu'elle soit réalisée, est alors insuffisante à publier la subrogation.

Lorsque la décision spéciale de subrogation est conventionnelle, les tiers en sont généralement moins bien avertis. Certes, il peut arriver que, dans certains cas, la convention fasse l'objet d'une publicité particulière. Il en est ainsi, par exemple, du contrat de mariage (article 67 et suivants du C. com., loi du 10 juillet 1950). Et le législateur a pu estimer que le contrat de mariage était suffisamment connu des tiers pour étendre, sous son couvert, le jeu de la subrogation sous le régime dotal (cf. *supra*, N° 682). Mais en dehors de ces cas particuliers, la décision spéciale de subrogation conventionnelle ne fait l'objet d'aucune publicité. Lorsque la convention contient expressément la décision de subrogation, les tiers

n'en sont pas plus avertis que lorsque l'article 1434 a été respecté. Le droit commun ne fait, en réalité, que rejoindre alors le mécanisme de l'article 1434, dont la valeur publicitaire n'a d'inférieure que l'absence totale de publicité qui marque le jeu de la subrogation de plein droit (comp. *supra*, N^os^ 704 et 705, a). Sans doute, les inconvénients de ce défaut de publicité sont-ils limités par la règle de l'effet relatif des conventions qui, en principe du moins, ne nuisent, ni ne profitent aux tiers (article 1165 du C. civ.). S'il est bien vrai que les tiers ne sauraient être *obligés* par les conventions privées, il faut remarquer que ces conventions leur sont souvent *opposables* et qu'ils en supportent les conséquences. Ainsi, si une convention prévoit spécialement la subrogation dans l'exercice d'une restitution, les créanciers du restituant voient soustraire de leur gage le bien subrogé, sans qu'ils aient pu avoir de cette convention une connaissance particulière. C'est précisément dans ces conditions que la subrogation conventionnelle aurait fonctionné contre les créanciers du donataire dans les espèces jugées par la Cour de Cassation le 29 avril 1901 et le 10 janvier 1923 (cf. *supra*, N° 631, notes 133 et 134).

706. — La publicité de la subrogation proprement dite est donc pratiquement inorganisée. Que dans ces conditions la subrogation réelle puisse préjudicier aux tiers, ce n'est guère douteux ; et on pourrait, à cet égard, citer en exemple au législateur, le droit allemand qui subordonne l'opposabilité aux tiers de la subrogation dans les principales hypothèses où il la prévoit, à la connaissance *effective* que le tiers intéressé a pu en avoir (348). Une telle mesure pallie les défauts de publicité de la subrogation réelle.

Il convient toutefois de ne pas exagérer les inconvénients de ces défauts. Le plus souvent, en effet, le droit qui frappait le bien ancien s'opposait aux tiers sans formalités particulières de publicité. Les tiers étaient donc soumis à certaines surprises de ce chef. Les créanciers d'un possesseur passant aux yeux de tous comme propriétaire (par exemple un héritier apparent) risquent toujours, s'ils ne sont pas des tiers au sens de la loi de 1855, de voir se révéler un droit de propriété qu'ils ignoraient sur un bien, même immobilier, de ce possesseur et de subir une diminution de leur gage par l'exercice de la revendication du vrai propriétaire. Sans doute, la subrogation réelle, dans l'exercice de cette revendication, leur porte-t-elle préjudice. Mais ce préjudice tient au défaut de publicité du droit tel qu'il existait sur le bien *ancien*. Dès lors, les tiers sont simplement exposés sur le bien nouveau aux mêmes surprises. Et ce résultat n'est pas

(348) Cf. articles 1473, al. 2, 1524, al. 2, 2019, al. 2, 2041, 2111, du B.G.B.

choquant, car il n'y a aucune raison pour que la subrogation réelle leur offre, à cet égard, des garanties particulières supplémentaires (cf. *supra,* N° 702). Elle ne fait que perpétuer une situation antérieure, ce qui est dans sa mission. En réalité, le défaut de publicité de la subrogation réelle s'insère dans l'imperfection de la publicité du droit en général. Et c'est cette situation qui est la plus fréquente, les aliénations à titre onéreux (causes les plus fréquentes de fluctuations volontaires, cf. *supra,* N°s 100 et suivants) étant, *en principe,* indépendamment de la transformation en matière immobilière, opposables à tous (349). Cette considération apporte une atténuation considérable aux dangers que la subrogation, *par elle-même,* fait courir aux tiers.

Il en va différemment lorsque le droit était assujetti relativement aux biens anciens, à certaines mesures de publicité pour être opposables à certains tiers. Alors, le principe même du maintien de la garantie des tiers (*supra,* N° 702) invite, d'une façon plus impérieuse, à informer ces tiers de la subrogation. Mais le procédé par lequel on y parvient consiste en une publicité spéciale du droit sur le bien nouveau.

§ 2e. — Publicité spéciale du droit sur le bien nouveau

707. — Cette publicité particulière se conçoit lorsque l'existence d'un droit, sur un bien quelconque, n'est opposable à certains tiers que si elle fait l'objet d'une publicité *spéciale* à ce bien.

Il existe, dans notre droit, deux sortes d'une telle publicité : la transcription des mutations immobilières et l'inscription des hypothèques et des privilèges immobiliers. Il convient de rechercher, ici, la combinaison entre les règles générales de ces publicités et le jeu de la subrogation réelle.

Mais, au préalable, deux remarques s'imposent.

708. — 1re *remarque :* A l'égard de l'inscription hypothécaire, la question d'une publicité spéciale de l'hypothèque sur le bien nouveau ne se pose pas lorsque ce bien est une créance devant être payée en argent. Sur un tel bien, seul le droit de préférence peut s'exercer (cf. *supra,* N°s 690 et suivants) et il ne saurait alors être question de procéder à une inscription spéciale sur cette créance. Le droit de préférence s'exerce sur la créance de remplacement selon le rang conféré à son titulaire par l'inscription sur l'immeuble. L'inscription hypothécaire concerne les immeubles. Seule la subro-

(349) Cf. Ripert et Boulanger, I, N° 3291.

gation dans l'*assiette* de l'hypothèque, c'est-à-dire d'un nouvel immeuble à l'ancien, peut donc éventuellement conduire à une nouvelle inscription.

709. — 2e *remarque :* Pour ce qui concerne la transcription, il ne faut pas confondre la publicité, sur le bien nouveau, *du droit originaire* avec la transcription de *l'acquisition* de ce bien nouveau. La transcription de l'acquisition relève du droit commun. Elle publie le droit de l'acquéreur *créé* sur le bien nouveau, sans révéler, par elle-même, le transport sur ce bien d'un droit ancien.

Ainsi, supposons que le grevé, dans une substitution fidéicommissaire permise, acquière un immeuble en remplacement d'un bien initialement compris dans la substitution (cf. *supra,* N° 699). Cette opération ouvre le recours à deux transcriptions distinctes. La première concerne simplement *l'acquisition* en remploi. Elle dirime d'éventuels conflits entre le grevé acquéreur du bien nouveau et d'autres acquéreurs de droits réels, tenant leur titre du même vendeur. Cette transcription demeure totalement étrangère à la subrogation réelle dans la substitution. Cette subrogation est intéressée par une autre transcription : celle de la *substitution* elle-même (article 1069 et suivants du C. civ.). La transcription de la substitution publie les droits spéciaux et originaires issus de la disposition créant le fidéicommis. Elle dirime d'éventuels conflits entre les appelés, et des créanciers ou acquéreurs du grevé (cf. article 1070 du C. civ.) (350). C'est à propos du droit ancien transporté sur l'immeuble nouveau par la subrogation réelle, que ces conflits peuvent naître. Et, c'est cette transcription-là que la subrogation peut conduire à prendre ou à renouveler.

Par conséquent, *la transcription qui intéresse la subrogation réelle doit concerner le droit originaire existant précédemment sur le bien ancien, et non seulement l'acquisition du bien nouveau.* C'est à son égard que se pose le problème qu'il nous faut résoudre.

Pour y parvenir, il convient de dégager le principe de la combinaison entre les règles générales de publicité et la subrogation réelle, d'en vérifier l'application, et de rechercher les exceptions qui peuvent lui être apportées.

1er POINT. — PRINCIPE.

710. — Deux idées interviennent dans la combinaison entre les règles de publicité et le jeu de la subrogation réelle.

(350) Cf. *op. cit.,* III, N° 3997.

a) la première est dictée par la spécialité matérielle de la publicité par transcription ou par inscription. Ces deux sortes de publicités sont effectuées par rapport à un immeuble déterminé et ne rendent le droit opposable à certains tiers que sur cet immeuble (351). Cette règle générale conduit naturellement, en cas de subrogation réelle, à publier le droit spécialement sur l'immeuble subrogé. Notamment, lorsque le bien ancien était lui-même un immeuble sur lequel le droit avait été spécialement publié, la règle de la spécialité matérielle de la publicité conduit *à renouveler* cette publicité sur l'immeuble subrogé. Ainsi, le principe même de la publicité spéciale du droit sur l'immeuble nouveau découle logiquement des règles générales qui commandent la transcription et l'inscription hypothécaire.

b) la seconde idée, au contraire, dérive de la notion de subrogation réelle. La subrogation, dans son essence même, conserve sur le bien nouveau le droit initialement établi sur le bien ancien (cf. *supra,* N^{os} 514 et suivants). Elle conserve, logiquement aussi, son degré d'opposabilité aux tiers (cf. *supra,* N° 499). Or, lorsqu'il s'agit d'un droit sujet à transcription ou à inscription, cette opposabilité est commandée par la date de la publicité. C'est cette date qui donne « un rang au titulaire ».Et ce rang doit logiquement être maintenu par la subrogation réelle (comp. *supra,* N^{os} 554 et 685). Cette idée conduit, sur le plan positif, à une conséquence dont il est facile d'apprécier l'importance : la publicité spéciale effectuée sur le bien nouveau (en application de la première idée) doit se voir attribuer les mêmes effets que celle qui avait été faite sur l'immeuble ancien (lorsque le bien ancien était un immeuble). Tel est même le principal intérêt de la subrogation réelle. Ainsi, notamment dans l'hypothèque, la subrogation d'un immeuble nouveau à l'immeuble ancien, si elle conduit à faire inscrire spécialement sur cet immeuble nouveau les hypothèques qui grevaient l'ancien, doit du moins conserver à ces hypothèques leur rang ancien (cf. *supra, ibid.*). Cette conservation entre les créanciers de leur rang antérieur représente l'intérêt pratique essentiel de la subrogation réelle dans les hypothèques.

Dans quelle mesure ces deux idées doivent-elles être admises en droit positif ?

711. — a) La première idée qui commande la publicité spéciale du droit sur le bien nouveau doit certainement être reçue. Elle dérive de l'organisation générale de l'inscription et de la transcription. Et, si la notion de subrogation réelle, de

(351) Cf. pour la transcription: loi du 23 mars 1855, notamment article 3, et Ripert et Boulanger, I, N^{os} 3261 et suivants ; pour l'inscription hypothécaire, articles 2146 et 2148, 5°, du Code civil.

son côté, n'y conduit pas spécifiquement, elle n'y est pas hostile. Il est parfaitement normal, sur le plan même de la subrogation réelle, qu'un droit soumis à publicité pour être opposable à certains tiers, ne s'oppose aux mêmes tiers sur le bien nouveau que dans les mêmes conditions.

b) La seconde idée, au contraire, qui ne se fonde que sur la notion de subrogation réelle, ne peut recevoir le même accueil. Elle se heurte, en effet, aux principes généraux de l'inscription hypothécaire et de la transcription. Ces modes de publicité, par le fait même qu'ils ont été créés et organisés pour être appliqués à un immeuble déterminé, s'opposent, en principe, à ce que la publicité effectuée sur un immeuble vaille pour un autre immeuble. Le même raisonnement qui conduit à rejeter, en principe et au fond, la subrogation dans les droits attachés à l'individualité matérielle de leur objet (cf. *supra,* N^os^ 617 et suivants), commande, naturellement, la même solution sur le plan de la publicité. Dans les deux cas, le transport d'un bien sur un autre (soit du droit, soit de sa publicité) se trouve empêché par la même notion : la spécialité matérielle.

Le report d'un bien sur un autre de l'effet de la publicité n'aurait, du reste, souvent aucun sens. Il en est notamment ainsi à l'égard du droit de propriété. On peut bien admettre, par exemple, que le revendiquant, bénéficiant de la subrogation réelle, doive transcrire son droit de propriété reporté sur un immeuble nouveau, s'il veut opposer ce droit à des tiers au sens de la loi du 23 mars 1855. Mais comment reconnaître à cette transcription les effets de celle qui avait été opérée par le même propriétaire sur l'immeuble ancien ? La transcription du droit du propriétaire sur l'immeuble ancien dirimait des conflits entre le propriétaire et d'autres acquéreurs du même bien tenant leur droit du même vendeur (352). Or, ces conflits étaient eux-mêmes spéciaux au bien ancien. Sur le bien nouveau, les conflits qui peuvent naître sont tout différents. Ils opposent, éventuellement, le propriétaire revendiquant à des ayants cause du possesseur. A ces conflits, la transcription opérée par le propriétaire sur son bien ancien demeure totalement étrangère, car elle publie un titre que le propriétaire tenait de la personne qui lui avait initialement vendu le bien ancien. Comment, dès lors, attribuer à la transcription effectuée sur le bien nouveau après le bénéfice de la subrogation réelle, les effets de la transcription accomplie sur le bien ancien, alors que ces deux transcriptions publient des titres qui émanent d'auteurs différents et qu'elles dirimment des conflits eux-mêmes différents ? Cela n'aurait aucune signification.

(352) Cf. Ripert et Boulanger, I, N^os^ 3286 et suivants.

A la vérité, le report des effets de la publicité d'un bien sur un autre, heurte l'organisation même de cette publicité qui n'a été conçue que par rapport à un même bien. Du reste, comment pourrait-on reconnaître à la publicité sur le bien nouveau un rang antérieur à sa date, sans contraindre le bénéficiaire de la subrogation à une certaine célérité. Il serait inadmissible qu'il puisse publier son droit quand bon lui semble et jouir d'un rang de faveur malgré sa négligence. C'est ce que la loi a fort bien senti en matière de privilèges spéciaux immobiliers (cf. article 2109 et 2111 du C. civ.). Mais, comment, en cas de subrogation réelle, impartir un délai sans l'appui d'aucun texte ? Il faut donc, en principe, rejeter le report de publicité et admettre que *la publicité du droit sur le bien nouveau produit ses effets de droit commun, c'est-à-dire qu'ils dépendent de la date à laquelle cette publicité a été effectuée.*

Ce principe, qui paraît seul cadrer avec l'organisation de la publicité des droits réels, marque, d'une façon singulièrement lourde, la subordination de la subrogation réelle à la technique générale. Cette subordination semble bien devoir, ici, amputer la subrogation de certains de ses plus importants intérêts. C'est ce qui apparaît particulièrement bien pour les hypothèques. Si les créanciers hypothécaires doivent reprendre une inscription sur le nouvel immeuble et si cette inscription ne leur donne rang qu'à sa date, conformément au droit commun, autant vaut pour eux prendre une *nouvelle hypothèque.* La subrogation paraît alors dénuée de tout intérêt. A la vérité, l'incidence pratique de cette remarque se trouve extrêmement limitée. C'est ce qui apparaît si on recherche comment le principe que nous venons de poser, se comporte dans son application.

2e POINT. — APPLICATION

712. — Cette application peut se vérifier d'abord à l'égard de la *transcription.*

a) Si l'usufruitier d'un immeuble, par exemple, voit son droit reporté sur un autre immeuble du même propriétaire, il faut admettre qu'il ne peut opposer son usufruit ainsi reporté aux tiers ayant acquis des droits réels du même propriétaire sur l'immeuble nouveau, que s'il transcrit lui-même son usufruit sur cet immeuble nouveau. Et l'effet de cette transcription dépend exactement de la date de celle-ci. L'usufruitier ne peut donc opposer à ces tiers le bénéfice de la subrogation réelle s'il n'a pas transcrit le report de son usufruit avant que les tiers aient eux-mêmes publié leur

droit. La subrogation réelle est ainsi certainement atteinte dans son efficacité.

Il ne faut pas toutefois exagérer la portée de cette atteinte. Une telle limitation n'est qu'un des multiples aspects des servitudes qu'impose à la subrogation réelle sa subordination à la technique générale. Nous avons suffisamment relevé le poids de ces servitudes pour ne pas reconnaître le bien-fondé de celle-ci. D'autre part, si la subrogation réelle est inopposable aux tiers, tels que les définit la loi du 23 mars 1855, elle conserve toute son efficacité dans les rapports de l'usufruitier et du nu propriétaire. Enfin, même à l'égard des tiers, il convient de rappeler que l'usufruit étant un droit réel spécial, la subrogation ne peut y être admise qu'en vertu d'une décision spéciale de subrogation (cf. *supra*, N° 664). Il appartient alors à celle-ci de déroger à la règle générale et de conférer à la publicité du droit sur le bien nouveau l'effet qui lui était reconnu relativement au bien ancien. C'est ce que ne manquent généralement pas de faire les décisions spéciales de subrogation (cf. *infra*, N°s 714 et suivants).

b) La même application du principe général se vérifie encore, par exemple à propos de la transcription des substitutions fidéicommissaires (article 1069 et suivants du C. civ.). La transcription de la substitution relativement à l'immeuble acquis en remploi, et lui-même frappé de substitution, doit être normalement requise sur la base de l'article 1069 si l'appelé veut, par la suite, opposer son droit aux tiers définis par l'article 1070. Mais si le nouvel immeuble est subrogé à un autre immeuble précédemment grevé (par exemple après destruction et remploi de l'indemnité allouée au grevé à raison de cette destruction) il ne paraît pas possible de reconnaître à la nouvelle transcription l'effet de l'ancienne. Ainsi, si un tiers a acquis des droits à titre onéreux du grevé, avant que la substitution soit de nouveau transcrite relativement à l'immeuble nouveau, il doit pouvoir opposer le défaut de transcription à l'appelé invoquant ses droits sur cet immeuble (article 1070). Les motifs qui ont poussé l'article 1070 à préférer les tiers aux appelés valent exactement ici (353). Et rien ne permet de donner effet sur l'immeuble nouveau à la transcription opérée sur l'immeuble ancien, ni d'assortir la transcription nouvelle des effets que pouvait avoir l'ancienne. Ces solutions, contraires à la spécialité matérielle de la transcription ne trouveraient aucun appui dans les textes. La notion de subrogation réelle, subordonnée aux principes généraux, ne saurait la faire prévaloir. Du reste, si l'on voulait reconnaître à la nouvelle transcription un rang antérieur à celui que lui confère sa date, il faudrait astreindre le grevé

(353) Cf. *op. cit.*, III, N°s 3916 et suivants.

ou le tuteur à la substitution à une certaine diligence. Il ne serait pas possible de leur permettre d'opérer quand ils voudraient une transcription devant rétroagir à une date très antérieure. Or, comment, dans le silence de textes, leur impartir un délai ?

La conclusion qui s'impose consiste donc à reconnaître à la nouvelle transcription les effets qui découlent de sa date, conformément au droit commun. Cette règle limite certainement les effets de la subrogation réelle. Toutefois, celle-ci garde un intérêt fort important, en comprenant, au *fond*, l'immeuble nouveau dans le fidéicommis et en permettant, du même coup, de publier la substitution sur cet immeuble. Sans la subrogation, un tel résultat n'aurait pu être atteint.

713. — Des remarques analogues valent à l'égard de *l'inscription hypothécaire*.

L'anéantissement des principaux intérêts de la subrogation réelle par la règle qui ne reconnaît à l'inscription sur l'immeuble subrogé que le rang découlant de sa date (cf. *supra*, N° 711, *in fine*) est, en réalité, assez illusoire. Cette règle de publicité, en effet, se couple, dans son application, avec la règle de fond selon laquelle la subrogation ne joue dans l'assiette de l'hypothèque qu'en vertu d'une décision spéciale (cf. *supra*, N° 664). Or, quand une décision spéciale intervient elle prend précisément le soin de déroger à la règle générale et de reconnaître à l'hypothèque reportée sur le bien nouveau son rang *ancien*. Les principes du droit commun de la publicité ne s'appliquent donc effectivement que lorsque la subrogation réelle joue de plein droit, c'est-à dire dans les sûretés réelles portant sur un groupe de biens (cf. *supra*, N°s 601 et suivants). Mais, dans ce cas, le jeu de la subrogation réelle conserve un grand intérêt malgré la règle ne reconnaissant à la nouvelle inscription que les effets dus à sa date. Il suffit de prendre un exemple pour s'en convaincre.

L'article 2111 du C. civ. stipule que la séparation des patrimoines doit être inscrite dans les six mois de l'ouverture de la succession pour conserver au créancier séparatiste son rang privilégié. Si un nouvel immeuble est subrogé à un immeuble successoral (sur lequel la séparation des patrimoines avait été inscrite dans le délai imparti par l'article 2111) plus de six mois après l'ouverture, quel rang reconnaître à l'inscription qui sera prise sur ce nouvel immeuble ? On peut, certes, faire valoir des raisons d'équité en faveur de la conservation du privilège par l'inscription prise sur le nouvel immeuble plus de six mois après l'ouverture de la succession. La subrogation s'étant produite alors que, d'une part, le délai était écoulé et que, d'autre part, le privilège avait été inscrit en temps utile sur l'immeuble ancien, le créancier séparatiste

a tout fait pour respecter la loi et seules des circonstances inéluctables l'ont empêché d'y parvenir. De plus, dans la mesure où l'immeuble nouveau provient de l'ancien, il individualise la même valeur successorale ; dès lors, l'équilibre entre les créanciers sur cette valeur n'est pas faussé par l'attribution à la nouvelle inscription des effets reconnus à l'ancienne, c'est-à-dire par la conservation du privilège. C'est, au contraire, la perte du privilège qui rompt l'équilibre initial. Toutes ces raisons sont certainement très pertinentes sur le plan de l'équité et des buts qui rendent la subrogation désirable précisément dans son effet conservatoire du rang initial. Mais elles sont étrangères à la technique qui paraît bien s'opposer à leur triomphe. Sur le plan technique général, à partir du moment où l'immeuble ancien est détruit ou aliéné de telle sorte que le créancier n'ait plus de droit de suite (354), la règle normale est l'extinction de la sûreté (355). La subrogation réelle ne peut le faire revivre que dans la mesure où les règles techniques ne s'y opposent pas. Or, si au fond cette subrogation réelle doit bien être admise (cf. *supra*, N^os^ 602 et suivants) il semble bien que les règles de publicité s'opposent à lui reconnaître son effet conservateur du rang initial. L'article 2111 n'a certainement pas prévu l'hypothèse de la subrogation réelle ; et tel qu'il est rédigé, il ne peut raisonnablement s'appliquer qu'aux immeubles présents à l'ouverture de la succession. Comment, ici encore, reconnaître à l'inscription sur le nouvel immeuble un rang privilégié sans astreindre le créancier séparatiste à une certaine diligence ? Il paraît bien difficile et bien peu compatible avec l'intérêt général du crédit hypothécaire de permettre au créancier séparatiste de conserver son rang de faveur en inscrivant son droit quand bon lui semble. Sans doute le vendeur d'immeuble jouit-il d'une telle licence pour inscrire son propre privilège lorsque la vente n'est pas transcrite (356). Mais, en cette matière, il existe un texte, l'article 2108, qui en dehors de la transcription de la vente n'impose au vendeur aucun délai. Tandis que l'article 2111 a manifesté sa claire intention de voir respecter une stricte diligence. Dès lors, quel délai impartir en cas de subrogation réelle ? On peut, certes, songer à faire partir le délai de six mois de l'acquisition en remploi. Mais cette solution ne trouverait aucun appui textuel et il semble que la jurisprudence ne pourrait pas la consacrer sans violer l'article 2111. Dans ces conditions, la solution la plus prudente semble d'en revenir à la règle géné-

---

(354) Sur la reconnaissance par la jurisprudence d'un droit de suite au créancier séparatiste, cf. Planiol, II, N° 2930.

(355) Cf. *op. cit.*, N° 3413.

(356) Cf. *op. cit.*, N° 3158.

rale : le privilège inscrit après le délai légal dégénère en simple hypothèque (art. 2113).

Que la subrogation réelle se révèle alors imparfaite, ce n'est pas niable. Mais elle est loin de perdre pour autant tout intérêt. Son jeu permet, en effet, de comprendre l'immeuble acquis en remploi dans la masse successorale ce qui reconnaît au créancier *le principe* même de son droit à la séparation des patrimoines. Sans la subrogation réelle, le créancier perdrait purement et simplement sa sûreté réelle. Grâce à la subrogation, il la conserve *au fond*, avec un rang seulement amoindri. Cet amoindrissement n'est qu'une expression supplémentaire de la subordination de la subrogation réelle à la technique générale.

3e POINT. — EXCEPTIONS

714. — Il reste que la conservation du rang ancien par la publicité nouvelle est dans la ligne normale de la subrogation réelle. Si la technique générale de la publicité des droits réels empêche que cette ligne soit suivie, ce résultat porte une atteinte regrettable au développement normal de la subrogation. Aussi, lorsqu'une décision spéciale législative intervient pour prévoir au fond la subrogation, dont l'efficacité pratique dépend essentiellement des effets de la publicité, prend-elle soin d'attribuer à la publicité nouvelle les conséquences qui s'attachaient à l'ancienne.

Les remembrements fonciers et la réparation des dommages de guerre fournissent deux bons exemples de telles décisions spéciales.

715. — En matière de *remembrements fonciers*, le report sur les immeubles acquis en échange des droits réels qui grevaient les immeubles cédés était prévu par la loi du 27 novembre 1918 (art. 6). Le décret d'application du 5 juillet 1920 (art. 54 à 57) organisait la publicité de ces droits sur les immeubles nouveaux. Le juge de Paix transmettait le procès-verbal de remembrement au conservateur des hypothèques, en requérant ce dernier de mentionner, en marge des inscriptions prises sur les parcelles échangées, le transfert des droits hypothécaires sur la nouvelle parcelle (357).

La matière est aujourd'hui régie par l'article 28, al. 1re, de la loi du 9 mars 1941. Cette loi subordonne l'exercice des droits réels sur les immeubles acquis en échange, au renouvellement, à l'égard de ces immeubles, de la publicité légale faite avant le transfert.

(357) Cf. Planiol et Ripert, XII, par E. Becqué, N° 395.

La loi de 1941 précise expressément que les droits réels, ainsi republiés sur l'immeuble nouveau, conservent leur « rang antérieur », c'est-à-dire le rang que leur conférait leur publicité sur l'immeuble ancien. Et, fort logiquement, le législateur n'admet un tel effet que si la nouvelle publicité est opérée dans un délai de six mois à compter du transfert par remembrement (358). Ainsi, la loi déroge aux principes généraux de la publicité afin de donner à la subrogation réelle ses effets naturels.

Dans ces conditions, il faut admettre, par exemple, que si le propriétaire a concédé sur l'immeuble nouveau un autre droit réel publié avant que la publicité du droit réel reporté par subrogation ait été elle-même opérée, ce dernier droit ne prime pas moins le précédent, à la condition toutefois, qu'il soit publié dans les six mois du remembrement. Il est clair qu'un tel régime n'aurait pu être consacré sans l'appui d'un texte.

716. — En cas de *dommages de guerre,* le report sur l'immeuble reconstruit des droits réels grevant l'immeuble détruit est subordonné, lui aussi, à une nouvelle publicité, lorsque la reconstruction est effectuée sur un autre terrain. L'article 12, al. 3, de la loi du 12 juillet 1941 prévoyait, en ce cas, une inscription spéciale prise à la diligence du commissaire à la reconstruction immobilière. La loi du 28 octobre 1946 reprend cette disposition en remplaçant le commissaire à la reconstruction par le ministre de la Reconstruction et de l'Urbanisme. Ce texte est incontestablement moins bien conçu que l'article 28 de la loi du 9 mars 1941.

D'abord, il ne parle que *d'inscription,* ce qui laisserait entendre que la disposition ne s'applique qu'aux hypothèques et aux privilèges. Sans doute, ces droits sont-ils ceux auxquels le législateur a principalement songé. Néanmoins, il faut remarquer que le début de l'article 35, qui pose le principe de la subrogation, vise *tous* les droits réels grevant l'immeuble ancien sinistré. Il faut donc admettre, par analogie avec la loi du 9 mars 1941, que la nouvelle publicité devrait aussi s'appliquer en cas de report d'un usufruit, par exemple, et qu'il s'agirait alors d'une *transcription* nouvelle.

D'autre part, l'article 35 ne précise pas que les droits réels, ainsi republiés, conservent sur le bien nouveau leur *rang ancien.* Il semble, toutefois, qu'on doive l'admettre, car telle à sûrement été l'intention du législateur. L'intérêt principal de la subrogation dans l'hypothèse prévue est précisément la conservation de ce rang ancien. Le législateur l'a certainement désirée en cette matière, tout comme dans celle des remembrements. L'analogie avec les dispositions simi-

(358) Cf. Becqué, J.C.P. 1941. 1. 222 bis, N° 52.

laires, mais mieux rédigées de la loi du 9 mars 1941, doit, ici encore, convaincre de cette solution.

Enfin, l'article 35 de la loi de 1946 n'impartit aucun délai à la publicité nouvelle. Mais cette absence de délai s'explique certainement par le fait que la nouvelle publicité est retirée aux parties pour être confiée « à la diligence du ministre ». Il faut sûrement voir là, en effet, une mesure de diligence. On peut, toutefois, douter qu'elle soit aussi efficace et aussi heureuse qu'un délai fixe analogue à celui prévu par la loi du 9 mars 1941 (cf. *supra,* N° 715).

En tout état de cause, de telles mesures montrent comment la publicité du droit reporté par subrogation réelle peut être judicieusement aménagée. Elles attestent aussi, implicitement, l'impossibilité d'arriver à ce résultat sans l'appui de textes législatifs. Il s'agit donc bien là d'exceptions qui confirment le principe que nous avons posé (*supra,* N^{os} 710 et suivants).

CONCLUSION

717. — Cette étude sommaire de la publicité de la subrogation réelle montre combien doivent être modérées les craintes des dangers que la subrogation réelle peut, par elle-même, faire courir aux tiers.

Le plus souvent, l'absence de toute publicité répond simplement au fait que le droit transporté était lui-même opposable aux tiers sur le bien ancien, sans formalités protectrices de ceux-ci. La subrogation réelle n'aggrave alors, en aucune façon, le régime général d'opposabilité sans publicité, avec lequel elle est simplement en harmonie (cf. *supra,* N° 706).

Lorsque, au contraire, le droit s'opposait aux tiers sur le bien ancien, moyennant une certaine publicité, la subrogation ne transmet intégralement cette opposabilité que sous la condition de mesures spécialement organisées par le législateur pour avertir les tiers (cf. *supra,* N^{os} 714 et suivants). Mais si de tels textes font défaut, la subrogation ne prévaut pas alors sur le régime général protégeant les intérêts des tiers. Elle s'incline, au contraire, devant ce régime, et doit voir ses effets limités à la mesure précisément permise par lui (cf. *supra,* N^{os} 711, 712 et suivants). Telle est la règle à laquelle conduit le principe général de subordination technique de la subrogation qui gouverne tout le jeu de celle-ci (cf. *supra,* N° 560). Et si l'on n'a pas suffisamment songé à cette règle, c'est sans doute parce que l'on n'a pas dégagé le principe fondamental dont elle découle et dont on trouve simplement, ici, l'une des nombreuses manifestations.

CONCLUSION

718. — Si, arrivés au terme de cette étude, nous dégageons les conclusions pratiques auxquelles elle conduit, nous ne pouvons manquer d'évoquer les directives que prônait jadis la théorie classique. En faisant logiquement dépendre le jeu de la subrogation réelle du degré d'adhérence des droits à l'individualité matérielle de leur objet, on est finalement amené à élargir la maxime *in judiciis universalibus*... et a aménager, d'une façon plus souple, la maxime *in judiciis singularibus*... Que ces améliorations soient pratiquement aussi heureuses qu'importantes, le fait n'est pas douteux. Mais que, procédant d'une méthode rationnelle et même « rationaliste » absolument étrangère aux auteurs classiques, elles correspondent, dans leurs très grandes lignes, aux cadres tracés par ces auteurs, c'est ce qui se révèle, à la réflexion riche d'enseignements et, par conséquent, digne de méditation.

719. — Dans leurs exposés théoriques, les grands civilistes du XIX[e] siècle visaient surtout à *expliquer* les solutions législatives qu'ils trouvaient dans le code. Ils y parvenaient par des raisonnements exégétiques, plus ou moins éclairés, selon les cas, par l'analyse des situations pratiques que ces lois régissaient. Ces situations avaient lentement évolué au cours des siècles et suscité une technique juridique elle-même éprouvée par un long contact avec les réalités. La codification avait respecté ces techniques et s'était bornée à leur apporter la part de modifications qui revenait à son époque. Les auteurs classiques, en exposant le droit issu des codes, entendaient *traduire* ces réalités pratiques et techniques rendues d'autant plus perceptibles qu'elles étaient mieux connues en raison de leur stabilité même.

Mais ils n'avaient aucunement la prétention d'attribuer à leurs constructions théoriques une valeur scientifique, au sens que le XIX[e] siècle finissant devait préciser et exalter, et encore moins un sens métaphysique. Lorsque les auteurs classiques parlent de patrimoine, d'universalités juridiques, de fictions de subrogation réelle, etc..., ils visent plus à *rendre compte* de solutions positives, à exprimer des réflexes psychologiques, à fournir des recettes pratiques, qu'à élaborer de véritables concepts abstraits et absolus porteurs de vérités générales.

Imprégnée d'un tel esprit, la théorie classique de la subrogation réelle a certainement pour qualités la netteté et la précision. Mais il ne faut, naturellement, pas attendre d'elle une tenue et une portée « scientifiques » que ses auteurs n'ont, au fond, jamais entendu lui attribuer. Sans doute, ce caractère, qui répond très exactement à la ligne générale de la théorie classique, a-t-il entaché celle-ci de graves défauts. N'ayant énoncé aucune vérité vraiment générale, car elle n'a jamais dégagé les rapports *nécessaires* qui unissent les phénomènes et qui dérivent de la nature technique des choses, la théorie classique a fatalement versé dans un casuisme exhaustif et, par suite, dans l'étroitesse. Ses méthodes exégétiques, fidèle reflet de son esprit, l'ont fatalement éloignée des élargissements qu'auraient imposés la solution des cas non prévus, et l'ont conduite à consacrer un triomphe sûrement excessif de la résistance technique. Sans doute aussi, de tels défauts, en la rendant insuffisante pour répondre à toutes les exigences de la vie pratique, sont-ils devenus particulièrement choquants à l'époque où les méthodes scientifiques paraissaient devoir triompher dans tous les domaines, y compris celui des études juridiques (cf. *supra,* N° 23 texte et note 88). Tous ces faits expliquent bien l'élaboration de la théorie moderne avec son désir prosélytique d'élargir le jeu de la subrogation réelle, et sa prétention à rattacher ce jeu au concept général d'affectation, sans, du reste, que ce concept ait aucunement été mis en accord avec les réalités techniques et, par conséquement, sans que la théorie moderne, dans son apologie de la poussée fonctionnelle triomphant de la résistance technique, soit elle-même parvenue aux qualités scientifiques qui manquaient à sa devancière. Tout cela est certainement très vrai. Mais un fait demeure. La théorie classique, indépendamment de ses défauts, contient un fond de vérité dans la mesure où elle est vouée, par sa méthode même, à traduire, dans le langage doctrinal, un certain nombre, si limité soit-il, de règles positives et de réalités techniques. Et ce fond est finalement très important. Il est exact que la subrogation doive être, en principe, largement admise dans les universalités juridiques et rejetée dans les titres particuliers. Ces affirmations, à l'analyse, ne se révèlent pas fausses. Le tort, très grave, des auteurs classiques, est, à coup sûr, de ne pas avoir discerné *pourquoi* il en est ainsi, ce qui les a conduits à une erreur capitale consistant à rattacher le jeu de la subrogation réelle aux notions mêmes de titres particuliers et surtout d'universalité juridique. Que cette erreur doive être dénoncée, le fait n'est pas douteux. Mais il reste que la distinction qu'ils ont établie correspond, dans ses grandes lignes, à la vérité, ce qui ne doit pas surprendre de la part d'auteurs demeurés très près des réalités techniques.

Il était normal que la méthode rationnelle exigeant l'analyse objective et directe de toutes les réalités, fît ressortir cette vérité. Ainsi, s'explique la concordance relative entre les conclusions des deux méthodes. Le propre de la méthode rationnelle est précisément d'expliquer les phénomènes, de les rendre intelligibles et, cette base acquise, de permettre aux praticiens et notamment à la jurisprudence, de savoir jusqu'à quelle limite précise il est possible d'élargir le jeu de la subrogation réelle. Tout aussi réaliste que la théorie classique, la méthode rationnelle se révèle donc beaucoup plus féconde. C'est pourquoi la part de vérité contenue dans la théorie classique se retrouve nécessairement, tout en étant à la fois éclairée sur le plan théorique, dépassée et assouplie dans ses résultats pratiques. L'avantage de la méthode rationnelle apparaît surtout dans les élargissements apportés au jeu de la subrogation réelle. Les limites de ces élargissements, parfaitement fondées en elles-mêmes, font particulièrement découvrir la part la plus profonde de vérité que recèle la théorie classique.

720. — Les élargissements dont le fonctionnement de la subrogation réelle paraît logiquement susceptible sont considérables. Dans l'état actuel de notre technique juridique, ils se marquent surtout sur le plan de l'*interprétation*. Affranchi de la notion stricte d'universalité juridique à laquelle il est par lui-même étranger, le jeu large de la subrogation doit être étendu, en principe, à tous les droits qui se révèlent, dans leur individualité, indifférents à l'identité physique de leur objet. Ainsi, réduite à un domaine plus restreint, la vieille maxime *in judiciis singularibus*... est elle-même l'objet d'un aménagement fort souple. La notion de décision spéciale de subrogation se révèle, à cet égard, fort utile. On ne saurait trop insister, notamment, sur le parti qu'on pourrait tirer de la décision spéciale intégrant la subrogation dans une institution déterminée. L'interprétation de cette variété importante de décision spéciale est de nature à lever les scrupules techniques les plus tenaces et les plus fondés dans leur principe et à permettre ainsi à la subrogation d'atteindre des résultats pratiques unanimement désirés tous en respectant les exigences rigoureuses de la sécurité technique. L'exemple du droit de préférence dans les sûretés réelles aboutissant au jeu relativement large de la subrogation, dans le cadre même de droits attachés à l'individualité matérielle de leur objet, est, à ce point de vue, singulièrement éloquent. Sur le plan *législatif*, bien des améliorations sont également possibles. Notre législation positive est assurément trop sporadique et décousue en matière de subrogation réelle. Celle-ci pourrait être prévue d'une façon plus rationnelle dans des groupes d'hypothèses bien déterminées, mais beaucoup plus

vastes et notamment dans toutes les hypothèses de restitutions. La loi allemande peut, à cet égard, être offerte en exemple au législateur français (1). Il est hors de doute que, par ces deux voies de l'interprétation et de la législation, la subrogation réelle peut et doit faire des progrès hautement désirables en droit français. Il serait même grand temps qu'ils fûssent enfin réalisés et il paraît légitime d'attendre de la jurisprudence l'achèvement d'une construction qu'elle a déjà ébauchée avec un sens très averti des réalités, malgré une confusion doctrinale accrue au cours du premier quart du XX[e] siècle.

Mais il est capital de mettre en lumière les limites auxquelles ces élargissements doivent *nécessairement* se borner. Sur le plan de l'interprétation, le principe même de la nécessité d'une décision spéciale de subrogation, dans tous les droits attachés à l'individualité matérielle de leur objet, ne saurait être transgressé. Et, la jurisprudence s'est fort justement montrée sourde à toutes les invites que les auteurs ont pu lui adresser en ce sens. Au point de vue législatif même, toute prévision vraiment générale de la subrogation réelle n'est qu'un leurre. La loi peut bien organiser utilement la subrogation dans certaines hypothèses, mais elle ne peut aller plus loin et disposer, par exemple, que la subrogation s'accomplira de plein droit chaque fois que le juge reconnaîtra l'existence d'une destination en valeur initiale. Les limites qui, sur ces deux plans, s'imposent ainsi à l'affranchissement de la subrogation réelle, dérivent d'une même raison absolument essentielle : la subordination de la subrogation réelle à la technique générale. La subrogation n'est jamais qu'un procédé visant à appréhender des valeurs individualisées au moyen d'une technique matérialiste, construite et organisée pour d'autres fins. Ce procédé se trouve donc essentiellement commandé et dominé par les données fondamentales de cette technique qui lui donnent à la fois sa raison d'être et ses limites. Celles-ci dérivent donc de la technique juridique générale. C'est pourquoi le législateur lui-même ne saurait les méconnaître sans affecter les bases mêmes de cette tech-

(1) La loi allemande ne distingue, du reste, pas nettement la subrogation réelle de l'action *de in rem verso*. L'article 818 du B.G.B. prévoit ainsi la subrogation réelle dans l'obligation de restitution : « L'obligation à restitution s'étend aux profits perçus ainsi qu'*à tout ce que le bénéficiaire gagne sur le fondement du droit qu'il a acquis ou à titre d'indemnité* pour la destruction, la détérioration ou la soustraction de l'objet qu'il a acquis. » La subrogation réelle est prévue dans les mêmes termes dans des hypothèses assez larges : dans le patrimoine social (art. 718), dans les régimes matrimoniaux (art. 1370, 1381, 1382, 1743, 1524, 1554), les biens des mineurs (art. 1646), la pétition d'hérédité (art. 2019, 2111, 2041), les legs (art. 2164), la vente d'hérédité (art. 2374).

nique ce qui n'est ni souhaitable, ni pratiquement possible. La résistance technique apparaît donc comme un facteur essentiel du jeu de la subrogation réelle. Et le grand mérite de la théorie classique est précisément d'avoir attaché une importance primordiale à ce facteur. Sans doute, les auteurs classiques se sont-ils montrés fermés à toute explication sur ce point ; sans doute, se sont-ils bornés à *sentir* l'exigence de cette servitude plus qu'à la comprendre vraiment. Encore faut-il remarquer que le fait même de l'avoir sentie marque une supériorité considérable sur les doctrines ultérieures. Tout le fond de vérité contenu dans la théorie classique tient à cette perception confuse, mais sûre, des réalités techniques. C'est précisément pour avoir trop ignoré ou négligé celles-ci que la théorie moderne a abouti, dans la pratique et notamment dans les prétoires, à un solennel échec (cf. *supra,* N° 356, 619, 646, 689).

721. — C'est sur cette résistance technique à la subrogation réelle, si bien sentie par les classiques, qu'il nous paraît utile, pour terminer, d'attirer la réflexion.

D'abord parce que la critique sévère de la théorie classique est aujourd'hui devenue presque un lieu commun. Sans méconnaître la pertinence de ces critiques, il semble juste et salutaire de proclamer aussi ce que cette théorie, qui fut l'œuvre du temps autant que celle de l'intelligence, contient de profondément vrai et sage.

Ensuite, parce que cette part de vérité est au moins aussi importante que les insuffisances qui l'ont accompagnée. Le désir d'élargir le jeu de la subrogation réelle est aujourd'hui presque unanimement ressenti. Mais la condition de sa réalisation dépend de la mise en lumière des limites qui s'imposent à l'extension, faute de quoi, le doute subsistant est fatalement générateur d'une certaine paralysie. Dans toute réalisation il est, en effet, indispensable de discerner clairement le souhaitable et le possible. Cette distinction est d'autant plus impérieuse pour les juristes, car si les transformations du droit doivent légitimement se faire l'écho des facteurs d'évolution, elles ne peuvent enfreindre les exigences de la sécurité imposées par l'une des missions essentielles de la technique juridique.

Enfin, parce que dans ce cadre nettement circonscrit le fait que les doctrines les moins brillantes, mais les plus proches des réalités se soient montrées les plus solides, est un enseignement dont il importe de s'imprégner si l'on veut faire progresser efficacement la subrogation réelle dans notre droit. Ces progrès ne sauraient se réaliser que par une analyse objective des réalités techniques et pratiques, délais-

sant toute idée préconçue, tout concept préétabli, forcément déformant par son abstraction et sa généralité.

Notre travail aura atteint son but et satisfait son ambition s'il a ouvert à d'autres, plus savants et plus experts, la voie d'une insertion judicieuse de la subrogation réelle dans notre technique juridique, s'il est parvenu à esquisser le critérium permettant de discerner, dans chaque cas particulier, la part à faire à ce qui paraît socialement désirable sans méconnaître ce qui est techniquement possible, c'est-à-dire à satisfaire pleinement la fonction complexe et profondément humaine du droit qui exige de faire progresser la justice parmi les hommes sans compromettre la sécurité, le « bon ordre », hors desquels, qu'on le veuille ou non, la notion même de Droit n'est qu'un vain mot.

Vu : *Le Président de la Thèse :*
André BRETON.

Vu : *Le Doyen :*
André BRETON.

Vu et permis d'imprimer :
Alger, le 2 *mai* 1952.

Le Recteur :
Emile GAU.

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

I. — LISTE DES OUVRAGES CITES PAR LES NOMS DES AUTEURS

AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 5e éd., 12 vol., 1897-1922, par Bartin ; sauf indication particulière, les renvois sont faits à cette édition.

BAUDRY-LACANTINERIE. — *Traité théorique et pratique de droit civil*, en collaboration.

BEUDANT (Ch.). — *Cours de droit civil français*, 2e éd., par Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, en collaboration.

COLIN (A.) et CAPITANT (H.) — *Cours de droit civil français*, 3 vol., par Julliot de la Morandière.

DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. — *Cours analytique de Code civil*, 9 vol., 2e éd., 1881-1895.

DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon*, 31 vol.

JOSSERAND. — *Cours de droit civil positif français*, 3 vol.

HUC. — *Commentaire du Code civil*, 15 vol., 1892-1903.

LAURENT. — *Principes de droit civil français*, 33 vol.

PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil*, n° 3.

PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de droit civil français*, 14 vol., en collaboration.

RIPERT et BOULANGER. — *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol*, 3 vol., par G. Ripert avec le concours de J. Boulanger.

GIRARD (F.). — *Manuel élémentaire de droit romain*, 8e éd., 1929.

II. — REVUES ET PERIODIQUES

D. — *Recueil périodique de jurisprudence de Dalloz.*

D.H. — *Recueil hebdomadaire de jurisprudence de Dalloz.*

D.C. — *Dalloz critique.*

D.A. — *Dalloz analytique.*

GAZ. PAL. — *Gazette du Palais.*

GAZ. TRIB. — *Gazette des Tribunaux.*

J.C.P. — *Juris classeur périodique — La Semaine juridique.*

PAND. FR. — *Pandectes françaises.*

REV. CRIT. — *Revue critique de législation et de jurisprudence.*

REV. TRIMESTR. — *Revue trimestrielle de droit civil.*

S. — *Recueil de jurisprudence de Sirey.*

BIBLIOGRAPHIE
SUR LA
SUBROGATION RÉELLE

I. — THEORIE CLASSIQUE

A. — Ancien droit.

DUMOULIN. — *Sur l'article* 30 *de la Coutume d'Amiens.*

RENUSSON. — *Traité de la subrogation ; Traité des propres,* chap. I^er^, sect. X.

LEBRUN. — *Traité des successions,* livre II, chap. I^er^, sect. I.

POTHIER. — *Traité de la communauté,* N^os^ 197 et suivants.

MERLIN. — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence,* 5^e^ éd., T. XVI, V° « Subrogation de chose ».

B. — Depuis le Code civil.

1° FLACH. — *Revue historique de droit français* (R.H.D.), 1868, p. 452. *De la subrogation réelle,* Paris, 1870.

AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français,* 1873, 4^e^ éd., T. VI, § 575, pp. 235 et suivantes ; 5^e^ éd., T. IX, § 575, pp. 340 et suivantes.

PAULMIER. — *De la subrogation réelle en droit romain et en droit français,* 1882.

2° DURANTON. — *Cours de droit français suivant le Code civil,* 1831, T. XII, N^os^ 108, 111 et 112.

TOULLIER. — *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil,* 1828, T. VII, N° 97, note 1.

LAURENT. — *Principes de droit civil français,* 3^e^ éd., T. IX, 1878, pp. 233 et 234, N° 185 ; T. XI, 1878, p. 23.

DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. — *Cours analytique de droit civil,* 1883, T. IV, N°. 35 bis, I.

GUILLOUARD. — *Contrat de mariage,* N° 462.

II. — THEORIE MODERNE

SALEILLES. — Notes : S. 1894. 2. 185, S. 1903. 1. 321.

DEMOGUE. — *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle,* Revue critique de législation et de jurisprudence, 1901, pp. 236 et suivantes, 295 et suivantes, 346 et suivantes. Note S. 1924. 1. 337.

STORA. — *Subrogation réelle,* thèse, Paris, 1901.

PLANIOL. — Note D. 1902. 1. 33. *Traité élémentaire de droit civil,* T. III, N° 922, note 1.

AURENGÉ. — *De la subrogation réelle,* thèse, Grenoble, 1910.

MAGNILLAT. — *Subrogation réelle,* thèse, Lyon, 1912.

HUGUENEY. — Note S. 1913. 1. 361.

PICARD (Maurice). — *Traité pratique de Planiol et Ripert,* T. III, Les biens, 1926, N°s 26 et suivants.

HENRY. — *De la subrogation réelle conventionnelle et légale,* thèse, Nancy, 1913.

III. — DOCTRINE RECENTE

CAPITANT. — *Essai sur la subrogation réelle,* Revue trimestrielle de droit civil, 1919, pp. 385 et suivantes.

BONNECASE. — *Traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie, Supplément,* T. III, 1926, N°s 345 et suivants.

VOIRIN (P.) — *Cours de droit civil français de Beudant,* T. IV, 1938, N°s 42 et suivants.

CERBAN (Alexandre). — *Nature et domaine d'application de la subrogation réelle,* Revue trimestrielle de droit civil, 1939, pp. 47 et suivantes.

TABLE DES MATIÈRES

TOME I

INTRODUCTION

	Nos	Pages
Plan de l'introduction	1	7

SECTION I

ASPECT DE LA QUESTION

Plan	2	8
§ 1er - La théorie classique	3-22	8-20
Les auteurs classiques	3	
Méthode	4	
Définition classique de la subrogation réelle	5	
1er Point - Nature de la subrogation	6-14	
I - Affirmation du caractère fictif de la subrogation réelle	7	
II - La notion de fiction	8-12	
III - Fondement de la subrogation	13-14	
2e Point - Fonctionnement de la subrogation réelle	15-19	
I - Champ d'application de la subrogation réelle	16-18	
II - Qui peut faire jouer la subrogation réelle ?	19	
3e Point - Effets de la subrogation réelle	20-21	
Conclusion	22	
§ 2e - La théorie moderne	23-35	22-31
Présentation	23	
Esprit	24	
1er Point - Nature de la subrogation réelle	25-26	
2e Point - Fonctionnement de la subrogation réelle	27-32	
I - Champ d'application de la subrogation réelle	28-31	
II - Qui peut faire jouer la subrogation réelle ?	32	
3e Point - Effets de la subrogation réelle	33-34	
Conclusion	35	
§ 3e - La doctrine récente	36-60	35-52
1er Point - L'essai de H. Capitant	37-46	
I - Notion de la subrogation réelle	38	
II - Domaine de la subrogation réelle	39-41	
A - Utilité technique de la subrogation	40	
B - Subrogation du prix à la chose aliénée	41	
Conclusion	42	

	N°s	Pages
III - Appréciation critique	43-46	
Insuffisance	44	
Illogisme	45	
Inutilité	46	
2e Point - L'esquisse de Bonnecase	47-60	
I - Analyse de la notion de subrogation	48-49	
II - Eliminations	50	
III - Construction de Bonnecase	51-56	
A - Eléments distinctifs	52	
B - Domaine	53	
C - Effets	54	
D - Fondement	55	
E - Conformité de la théorie proposée avec le Droit positif	56	
IV - Appréciation critique	57-60	
Eclaircissement	57	
Inexactitudes	59	
Insuffisances	60	
Conclusion. — Aspect général de la question	61-64	53-55

SECTION II

POSITION DE LA QUESTION

Présentation rationnelle du mécanisme de la subrogation réelle	65-66	56
§ 1er - Domaines respectifs des éléments fondamentaux de la subrogation réelle	67-68	57-59
§ 2e - La fluctuation matérielle	69-74	60-66
Plan	69	
1er Point - Disparition de l'objet matériel du droit	70	
2e Point - Apparition d'un bien nouveau	71-74	
§ 3e - La conservation du droit	75-88	67-79
1er Point - Pourquoi s'opère la conservation du droit ?	76-79	
2e Point - Comment s'opère la conservation du droit	80-88	
Dualité des buts et des moyens	80	
Hypothèse technique de la subrogation réelle	81	
I - Notion de la subrogation réelle	82-85	
II - Fonctionnement de la subrogation réelle	86-88	
Position générale de la question Annonce du plan	89	79

PREMIÈRE PARTIE

L'OCCASION DE LA SUBROGATION RÉELLE

Plan	90	83

TITRE PREMIER

LE DOMAINE DE LA SUBROGATION REELLE

	N°s	Pages
Plan	91	85

CHAPITRE PREMIER

LES CAUSES DE LA FLUCTUATION

Section I

LA DESTRUCTION

§ 1er - La destruction matérielle		87
I - Notion	94	
II - Caractères	95	
§ 2e - La destruction juridique		90
I - Notion	96-97	
II - Caractères	98-99	

Section II

L'ALIENATION

Notion et caractères	100-101	93-95
§ 1er - Les causes de dissolution de l'aliénation	102-153	98-146
Plan	102	
Article 1er - Les causes directes de dissolution	103-146	
1er Point - Causes intrinsèques à l'acte d'aliénation	104-114	
I - Causes de nullité ou de rescision des aliénations	105-109	
II - Causes de résolution des aliénations	110-112	
III - Causes d'extinction des aliénations	113-114	
2e Point - Causes extrinsèques à l'acte d'aliénation	115-146	
Généralités	115-117	
I - Indisponibilités légales		
A - Les incapacités	119-120	
B - Les pouvoirs sur le patrimoine d'autrui	121-125 bis	
1° Pouvoirs des représentants légaux des incapables	122	
2° Pouvoirs de l'envoyé en possession provisoire du patrimoine d'un absent	123	
3° Pouvoirs du mari sur la communauté conjugale	124	
4° L'indivision	125	
Remarques	125 bis	
II - Indisponibilités résultant d'actes privés		
A - Les substitutions fidéicommissaires permises	127-128	

	N°s	Pages
B - Les biens dotaux	129-140	
1° Aliénations permettant la subrogation réelle	130-135	
a) Source de fléchissement de l'indisponibilité commune à l'inaliénabilité et à l'insaisissabilité	131	
b) Les fléchissements de l'inaliénabilité volontaire	132-133	
c) Les fléchissements de l'insaisissabilité	134-135	
2° Aliénations permises par la subrogation réelle	136-140	
a) L'échange	137	
b) Les clauses d'emploi et de remploi	138	
c) Le remploi judiciaire	139	
C - Le bien de famille	141-143	
D - Les clauses d'indisponibilité	144-146	
Article 2° - Les causes indirectes de dissolution	147-153	
I - Principe	148-150	
II - Exceptions	151-153	
— Rapport en nature des immeubles à succession	151	
— Révocation des donations pour cause d'ingratitude	152	
— Réduction des libéralités pour atteinte à la réserve	153	
§ 2e - La mise en œuvre de la dissolution des aliénations	154-161	148-154
I - Rôle de l'intervention judiciaire	155-157	
A - Les deux conceptions possibles	155	
B - Applications	156-157	
II - Personnes pouvant agir	158-159	
III - Causes d'extinction de l'action	160-161	

CHAPITRE II

LES CONDITIONS DE LA FLUCTUATION

Plan	162	155

Section I

CONDITIONS RELATIVES A L'OBJET DU DROIT

§ 1er - Individualisation de l'objet du droit	164-166	156-158
A - Nécessité	164	
B - Conséquences de cette nécessité : exclusion des choses de genre	165	
C - L'emploi	166	
§ 2e - Matérialité de l'objet du droit	167-168	161-162

Section II

CONDITIONS RELATIVES A L'EVENEMENT GENERATEUR DE LA FLUCTUATION

	N°s	Pages
§ 1er - Identité entre l'objet du droit et celui de l'événement générateur de la fluctuation	170-189	164-181
Principe et corollaire	170	
Plan	171	
1er Point - Aspect matériel de la condition d'identité	172-181	
I - Cas où l'objet du droit est limité à la forme matérielle des choses	172 bis-174	
II - Cas où l'objet du droit comprend la substance de la chose	175-181	
A - Le droit aux choses en matière mobilière	176-177	
B - Le droit au sol en matière immobilière	178-181	
2e Point - Aspect fonctionnel de la condition d'identité	182-189	
I - Solidarité des aspects matériel et fonctionnel	183-184	
II - Conflit entre les aspects matériel et fonctionnel	185-189	
A - Droits réels	186	
B - Droits personnels	187-189	
§ 2e - Impossibilité pour le droit de continuer à porter sur son objet	190-209	183-210
Plan	190	
1er Point - Fluctuation résultant d'un événement matériel	191	
2e Point - Fluctuation résultant d'une aliénation	192-209	
Position du problème — Rapports entre la validité de l'aliénation et l'absence de droit de suite	192	
I - Cas où la détermination du droit de suite ne soulève pas la discussion préalable de la validité de l'aliénation	193-203	
Hypothèse	193	
A - Perte du droit de suite en matière mobilière	194	
B - Perte du droit de suite en matière immobilière	195-203	
1° - Extinction du droit de suite du propriétaire revendiquant	196-200	
- Cause générale : l'usucapion au profit d'un tiers acquéreur	197	
- Aliénation consentie par un propriétaire apparent	198	
- Réclamation de son patrimoine par l'absent de retour après l'envoi en possession définitif	199	
- Art. 2 de la loi du 9 mars 1941 sur la réorganisation de la propriété foncière et le remembrement	200	

	N°s	Pages
2° - Extinction du droit de suite attaché aux droits réels autres que la propriété	201-203	
II - Cas où la détermination du droit de suite suppose la dissolution préalable de l'aliénation	204-209	
A - Principe : le droit de suite, conséquence normale de la dissolution de l'aliénation	204-205	
B - Causes d'extinction de ce droit de suite	206-209	
- L'article 2279, al. 1, C. civ.	207	
- L'usucapion	208	

CHAPITRE III

ETENDUE DE LA FLUCTUATION

Position du problème et plan	210	212

Section I

FLUCTUATION ENGENDREE PAR UN EVENEMENT AFFECTANT L'OBJET DU DROIT DANS SON ENTIER

Principe et problèmes soulevés	211	213
§ 1er - Signification de l'extinction du droit en cas de fluctuation totale, dans la conception traditionnelle	212-213	214-216
- En cas de destruction	212	
- En cas d'aliénation	213	
§ 2e - Signification de la survie du droit à la fluctuation totale de son objet dans la théorie de la subrogation réelle	214-221	218-224
I - Rapports entre la subrogation réelle et les conceptions traditionnelles de l'individualité et de l'extinction des droits	215-218	
II - La subrogation réelle et les diverses causes d'extinction des droits	219-221	
A - Méconnaissance des causes objectives d'extinction	220	
B - Respect des causes subjectives d'extinction	221	

Section II

FLUCTUATION ENGENDREE PAR UN EVENEMENT AFFECTANT PARTIELLEMENT L'OBJET DU DROIT

§ 1er - Principe	222	226
§ 2e - Application du principe	223-224	228-229
§ 3e - Exceptions au principe	225-228	233-235
CONCLUSION	229	236

TITRE II

L'OBJET DE LA SUBROGATION REELLE

	N°s	Pages
Plan	230	239

CHAPITRE I

LA NOTION DE CONTRE-VALEUR

Plan	231	241

Section I

LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DE LA CONTRE-VALEUR

Plan	232	241
§ 1er - L'équivalence	233-235	242-245
- La vente	234	
- Les indemnités de responsabilité	235	
§ 2e - La provenance	236-258	248-282
Article 1er - Fluctuations contractuelles	237-240	
Article 2e - Fluctuations non contractuelles	241-257	
1er Point - Indemnités de responsabilité	242-244	
2e Point - Indemnités gracieuses	245-246	
3e Point - Indemnités d'assurances	247-257	
I - Les thèses en présence	248	
II - Appréciation critique	249-257	
A - Unité de la solution	250-251	
B - Choix de la solution	252-257	
1° Sur le plan contractuel	253	
2° Sur le plan réel	254-257	
Conclusion. — Le concept général de la provenance matérielle dans la théorie de la subrogation réelle	258	

Section II

ROLES DE L'EQUIVALENCE ET DE LA PROVENANCE DANS LA FORMATION DE LA NOTION DE CONTRE-VALEUR

§ 1er - Suffisance de l'équivalence et de la provenance pour former la notion de contre-valeur	260-271	284-298
- Données théoriques	260	
- Remarques	261-262	
A - La créance du prix de vente	263	
B - L'indemnité d'expropriation pour cause d'utilité publique	264-265	
C - Echange	265	
D - Les indemnités réparant le dommage souffert par un patrimoine dont un bien a été détruit	267-271	

	Nos	Pages
1° Les indemnités de responsabilité	268	
2° Les indemnités gracieuses	269	
3° Les indemnités d'assurance	270-271	
§ 2° - Nécessité de l'équivalence et de la provenance pour former la notion de contre-valeur	272-292	299-328
1er Point - Données théoriques	272-275	
I - Nécessité de l'équivalence	272-273	
II - Nécessité de la provenance	274-275	
2e Point - Droit positif	276	
I - Exigence d'un lien de provenance entre le bien nouveau et le bien ancien	277	
A - Règles générales	277	
B - Recherche des exceptions	278-281	
a) Loi du 12 juillet 1941 relative à la reconstruction des immeubles d'habitation partiellement ou totalement détruits par suite d'actes de guerre (art. 12)	278	
b) Lois du 1er septembre 1948 (art. 70) et du 2 août 1949 transportant les baux d'immeubles détruits par faits de guerre sur les immeubles reconstruits	279	
c) L'arrêt de la Cour de Cassation du 29 avril 1901	280	
II - Les limites de l'équivalence	282-292	
A - Au moment de la fluctuation matérielle .	283-289	
1° Sous le régime de communauté	285-286	
2° Sous le régime dotal	287-289	
B - Après la fluctuation matérielle	290-292	

Section III

DOMAINE DE LA CONTRE-VALEUR

Position de la question. — Exemple de l'assurance du risque locatif	293	328
§ 1er - La règle de l'article 37, al. 4, de la loi du 13 juillet 1930 et sa formation	294-295	330-331
§ 2e - Fondement de l'action directe du propriétaire contre l'assureur du risque locatif ou du recours du voisin	296-305	332-343
1er Point - Assimilation de l'action directe du propriétaire à l'action directe de la victime dans l'assurance de responsabilité	296-298	
a) Les situations paraissent être les mêmes	296	
b) Explication par la doctrine et par la jurisprudence du droit direct de la victime contre l'assureur de l'auteur responsable	297	
c) Inconvénients possibles de l'assimilation du propriétaire à la victime ..	298	

	Nos	Pages
2e Point - Explication de l'action directe du propriétaire par la subrogation réelle et sa critique	299-305	
I - L'opinion de M. Henry	299	
II - Critique de l'explication de l'article 37, al. 4, de la loi du 13 juillet 1930, par l'idée de subrogation réelle	300-305	
A - Absence de représentation réelle dans le rapport du locataire et de son assureur	301-303	
B - Existence d'une représentation réelle dans le seul rapport du propriétaire et de l'assureur	304-305	

CHAPITRE II

SIGNIFICATION DE LA NOTION DE CONTRE-VALEUR

La notion de valeur individualisée. — Plan	306	345

Section I

LES MODES D'INDIVIDUALISATION DE LA VALEUR

Plan	307	347
§ 1er - Les choses de genre et l'individualisation de la valeur	308-313	347-353
1er Point - Cas d'interprétation délicate en droit positif	309-310	
I - L'article 132 du C. civ.	309	
II - L'arrêt de la Cour de Cassation du 18 juin 1912	310	
2e Point - Examen théorique du problème	311-313	
I - Subrogation dans les droits réels	312	
II - Subrogation dans les droits de créance	313	
§ 2e - Rôle joué par les biens matériels	314-315	355-356

Section II

PRECISION DE LA NOTION DE SUBROGATION REELLE PAR CELLE DE CONTRE-VALEUR

Plan	316	358
§ 1er - Distinction de la subrogation réelle et d'autres procédés également matérialistes	317-323	358-364
Position de la question	317	
1er Point - Subrogation réelle et accession	318-321	
2e Point - Subrogation réelle et fongibilité générale	322-323	
§ 2e - Distinction de la subrogation réelle et des procédés mettant en œuvre une notion quantitative de la valeur	324-337	365-383

	N°s	Pages
Position de la question	324	
Article 1er - L'arrêt de la Cour d'Appel de Lyon du 24 août 1871 et son interprétation doctrinale	325	
Article 2e - Distinction de la subrogation réelle et de l'action *de in rem verso* par leur objet	326-337	
Aspect philosophique du problème	326	
Aspect technique du problème	327	
1er Point - Différence de principe entre l'objet de l'action *de in rem verso* et celui de la subrogation réelle	328	
2e Point - Divergence pratique des résultats obtenus par l'action *de in rem verso* et par la subrogation réelle	329-337	
I - Divergences générales	330	
II - Application au cas de subrogation dans les droits de créance	331-337	
A - Position de la question	331	
B - Applications pratiques	332-337	
1° L'article 1934 du C. civ.	333-336	
a) Un corps certain est acquis à la place de la chose déposée	334	
b) Une créance est acquise à la place de la chose déposée	335	
c) Les deniers ont été versés au dépositaire en remplacement de la chose déposée	336	
2° L'article 1935 du C. civ.	337	
Conclusion	338	385

CHAPITRE III

LA PREUVE DE LA CONTRE-VALEUR

Position de la question et plan	339	386

SECTION I

CHARGE DE LA PREUVE

Principe	340	387
§ 1er - Cas pouvant justifier un renversement de la charge de la preuve	341-346	387-396
- Principe	341	
- Applications	342-344	
- Conclusion	345	
§ 2e - Cas ne justifiant pas un renversement de la charge de la preuve	346-348	396-400
- Principe	346	
- Applications	347	
- Conclusion	348	

Section II

ADMINISTRATION DE LA PREUVE

	Nos	Pages
Plan	349	401

Sous-Section I

PREUVE DE L'ORIGINE

Eléments à prouver et plan	350-351	402-403
§ 1er - Preuve des actes juridiques	352-356	405-410
I - Principe	352	
II - Applications	353-356	
§ 2e - Preuve du lien entre les actes	357	410
Position de la question	357	
Plan	358	
Article 1er - Jeu des articles 1434 et 1435 du C. civ., sous le régime de communauté	359-392	
Plan	359	
1er Point - Nature de la double déclaration exigée par les articles 1434 et 1435	360-372	
- Remarque préalable	360	
I - La double déclaration, décision spéciale, formelle, de subrogation	361-363	
II - Critique de cette thèse	364-367	
III - La double déclaration, mode de preuve de la provenance	368	
A - Signification probatoire de la double déclaration	369-371	
B - Rôle de la volonté du mari dans l'accomplissement du remploi	371-372	
2e Point - Portée des articles 1434 et 1435 sous le régime de communauté	373-392	
Précision préalable	373	
I - Personnes à l'égard desquelles la double déclaration au moment de l'acquisition est requise (le remploi « à retardement » et l'article 1434)	374-386	
La solution généralement admise en doctrine et en jurisprudence	374	
Analyse de l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 17 mai 1938	375	
A - Position de la question	376-378	
B - Le remploi « à retardement » d'un bien de la femme	379-381	
C - Le remploi « à retardement » d'un bien du mari	382-386	
II - Jeu des articles 1434 et 1435 dans l'exercice des reprises	387-392	
A - Preuve à l'égard des tiers	388	
B - Preuve entre époux	389	
1° Remploi d'un bien du mari	390-391	
2° Remploi d'un bien de la femme	392	

	N°s	Pages
Article 2e - Extension des articles 1434 et 1435 hors du régime de communauté ..	393-401	
- Position de la question et plan	393	
1er Point - Déclaration obligatoire dans l'acte d'acquisition	394-395	
2e Point - Déclaration facultative dans l'acte d'acquisition	396-401	
Règle générale	396	
I - Cas où la déclaration dans l'acte d'acquisition est inutilisable	397-399	
II - Cas où la déclaration dans l'acte d'acquisition est utilisable	400-401	

SOUS-SECTION II

PREUVE DE L'IDENTITE ENTRE LE BIEN PRETENDU SUBROGE ET LE BIEN PROVENU DE L'ANCIEN

§ 1er - Principe	401 bis-402	468-470
§ 2e - Application	403-406	471-476
CONCLUSION	407	478

TOME II

DEUXIÈME PARTIE

LA RÉALISATION DE LA SUBROGATION RÉELLE

Plan	408	7

TITRE PREMIER

LES BUTS DE LA SUBROGATION REELLE

Plan	409	9

CHAPITRE PREMIER

ANALYSE DES BUTS DE LA SUBROGATION REELLE

Position de la question et plan	410	10

SECTION I

LA SUBROGATION REELLE, INSTRUMENT DE CONSERVATION

	N°s	Pages
Recherche de ce qui est conservé : questions à résoudre	411	12
§ 1er - Inexactitude de l'opposition entre affectation et restitution	412-417	15-21
Plan	412	
1er Point - Inexactitude au point de vue descriptif	413	
2e Point - Inexactitude au point de vue rationnel	416-417	
§ 2e - Insuffisance de la notion d'affectation	418-426	24-33
Plan	418	
1er Point - Précise, la notion d'affectation est trop étroite	419-422	
2e Point - Elargie, la notion d'affectation devient trop imprécise	423-426	

SECTION II

LA SUBROGATION REELLE, INSTRUMENT D'EQUILIBRE

Plan	427	35
§ 1er - Inexactitude d'une conception purement technique de l'équilibre	428-430	35-36
§ 2e - Rapports entre l'idée d'équilibre et la subrogation réelle	431-432	37-39

CHAPITRE II

RATTACHEMENT DE LA SUBROGATION REELLE A SES BUTS

Plan	433	41

SECTION I

EXISTENCE D'UNE DESTINATION EN VALEUR

Position de la question	434	42
Plan	435	43
§ 1er - Cas où il existe une décision spéciale de subrogation	436-451	44-62
Position et intérêt de la question	436-437	
1er Point - Règle générale d'interprétation	438-439	
2e Point - Applications	440-451	
I - Les successions anomales	441-445	
A - Pourquoi l'article 747, al. 2, du C. civ., édicte-t-il la reprise du prix de vente ?	442-443	

	Nos	Pages
B - Pourquoi l'article 747, al. 2, du C. civ, limite-t-il la subrogation réelle au prix de vente ?	444-445	
II - Les sûretés réelles	446-448	
III - Les régimes matrimoniaux	449-451	
§ 2e - Cas où il n'existe aucune décision spéciale de subrogation	452-465	63-78
Position et intérêt de la question	452	
1er Point - Absence d'une règle générale d'interprétation	453-458	
I - L'opinion de Saleilles	453-454	
II - Critique de l'opinion de Saleilles	455-458	
2e Point - Applications	459-465	
I - Les libéralités avec charges	460-462	
II - La revendication	463-465	

SECTION II

COMMENT S'EXPRIME LA DESTINATION EN VALEUR

Plan	466	79
§ 1er - La décision de destination en valeur	467	79
Plan	467-476	79-89
1er Point - Analyse de la décision de destination en valeur	468-470	
2e Point - Qui peut prendre la décision de destination en valeur ?	471-476	
I - La solution des auteurs modernes	472	
II - Critique de cette opinion	473-476	
§ 2e - Expression de la destination en valeur dans un droit subjectif	477-478	90-91

TITRE II

LA TECHNIQUE DE LA SUBROGATION REELLE

Position de la question	479	93
I - Les moyens de réalisation dont dispose la destination en valeur	480-482	
II - La subrogation réelle, moyen matérialiste d'appréhender les valeurs individualisées	483-485	

CHAPITRE PREMIER

LA NOTION DE CONSERVATION DU DROIT

Plan	486	102

Section I

ANALYSE DE LA CONSERVATION DU DROIT

	N°s	Pages
Position de la question	487	102
Esprit de la recherche	488	104
Plan	489	105
§ 1er - Conservation du droit dans sa nature	490-513	106-146
Plan	490-491	
1er Point - Conservation du droit dans son contenu	492-495	
2e Point - Conservation du droit dans son mode d'exercice	496-513	
Notion et plan	496	
I - Conservation des droits réel et personnel considérés dans leur portée	497-500	
II - Conservation des droits réel et personnel considérés dans leur nature	501-512	
Position de la question et plan	501	
A - Conservation de l'opposabilité et de l'obligation caractérisées par leur objet	502-503	
B - Conservation de l'opposabilité et de l'obligation caractérisées par leur sanction	504-512	
1° La règle	505-507	
2° Signification de la règle	508-512	
a) Signification au regard de la distinction des droits réel et personnel	509-511	
b) Signification au regard de la subrogation réelle	512	
Conclusion sur la conservation du droit dans son mode d'exercice	513	
§ 2e - Conservation du droit dans son individualité	514-535	147-175
Plan	514	
1er Point - Principe	515-516	
2e Point - Applications du principe	517-527	
I - Conservation du droit du preneur à bail	518-519	
II - Conservation du droit de propriété	520-527	
1re Hypothèse. — La fluctuation s'est opérée pour le compte du défendeur à la revendication	521	
2e Hypothèse. — La fluctuation s'est opérée pour le compte du propriétaire revendiquant	522-527	
1er cas - Le bien ancien a été vendu volontairement et le prix éventuellement remployé pour le compte du propriétaire	523-524	
2e cas - Une indemnité est allouée à raison de la destruction du bien ancien	525-527	
3e Point - Conséquences du principe	528-535	
I - La subrogation réelle et la novation par changement d'objet	529-530	
II - Distinction de la subrogation réelle et de l'action *de in rem verso* par leur technique	531-535	
A - L'opinion de Demogue	532	
B - Critique de l'opinion de Demogue	533-535	

Section II

SIGNIFICATION DE LA CONSERVATION DU DROIT

	Nos	Pages
Plan	536	177
§ 1er - La subrogation réelle et la nature des choses	537-544	178-190
Plan	537	
1er Point - La conception classique	538-540	
2e Point - Critique de la conception classique	541-544	
§ 2e - Caractères techniques fondamentaux de la subrogation réelle	545-555	191-210
1er Point - La subrogation réelle ne forme pas une « institution » juridique autonome	546	
2e Point - La subrogation réelle dans l'ensemble de la technique juridique	547-555	
- Les réactions de la pensée juridique à l'égard de la subrogation réelle	547	
I - Le concept de la subrogation réelle choque généralement les conceptions techniques traditionnelles	548-551	
II - La subrogation réelle est parfois utilisée dans une institution juridique déterminée	552-554	
Conclusion	555	210

CHAPITRE II

REALISATION DE LA CONSERVATION DU DROIT

I - Remarque préliminaire - Rôle passif des facteurs techniques dans le fonctionnement de la subrogation réelle	556-558	213-215
II - Position du problème	559-561	218-220

Section I

CONSERVATION DU DROIT DANS SA NATURE

Position de la question	562	221
§ 1er - Conservation du droit dans son contenu	563-567	222-226
§ 2e - Conservation du droit dans son mode d'exercice	568-588	226-249
Plan	568	
1er Point - Conservation des droits personnels	569-570	
2e Point - Conservation des droits réels	571-588	
Données du problème	571	
Objet de la recherche	572	
I - Substitution d'un bien incorporel à une chose corporelle	573-579	
A - L'opinion couramment admise	574	
B - Examen critique de cette opinion	575-579	

	Nos	Pages
II - Substitution d'un genre à un bien individualisé	580-587	
A - Règle générale : extinction des droits réels sur des genres	581-582	
B - Portée de la règle générale - Analyse du jeu de la subrogation réelle en cas de remploi	583-587	
1° L'opinion de Capitant	584-585	
2° Examen critique	586-587	
Conclusion	588	249

SECTION II

CONSERVATION DU DROIT DANS SON INDIVIDUALITE

Position de la question et critérium de la solution	589	250

SOUS-SECTION I

SUBROGATION DANS LES DROITS INDIFFERENTS A L'INDIVIDUALITE MATERIELLE DE LEUR OBJET

I - Principe de la solution	590	252
II - Détermination générale de ces droits	591-594	253-259
§ 1er - Revendications	595-600	260-266
1er Point - La revendication de son patrimoine par l'absent de retour (art. 132 du C. civ.)	595	
2e Point - Les successions anomales	596	
3e Point - La pétition d'hérédité	597	
4e Point - L'action en partage d'une succession indivise	598-600	
§ 2e - Sûretés réelles	601-605	269-276
1er Point - La séparation des patrimoines	602-603 bis	
2e Point - Les sûretés réelles grevant le fonds de commerce	604-605	
§ 3e - Autres droits particuliers	606-611	277-280
Intérêt de la recherche	606	
1er Point - Le droit de gage général du créancier.	607-609	
2e Point - Le droit du bénéficiaire d'une charge écrite dans une libéralité	610-611	

SOUS-SECTION II

SUBROGATION DANS LES DROITS ATTACHES A L'INDIVIDUALITE MATERIELLE DE LEUR OBJET

Plan	612	282
§ 1er - Données générales du problème	613-646	282-322

	Nos	Pages
Plan	613	
Article 1er - Insuffisance de la destination en valeur	614-619	
1er Point - Méconnaissance doctrinale de cette donnée du problème	615-616	
2e Point - Justification de cette donnée du problème	617-619	
Article 2e - Nécessité d'une décision spéciale de subrogation	620-646	
Aspect de la question et plan	620	
1er Point - La notion de décision spéciale de subrogation	621-625	
I - Analyse générale de la décision spéciale de subrogation	622-623	
II - Analyse de la décision spéciale intégrant la subrogation réelle dans une institution déterminée	624-625	
2e Point - Le régime de la décision spéciale de subrogation	626-645	
I - Qui peut prendre la décision spéciale de subrogation ?	627-637	
A - Le législateur	628	
B - Les particuliers	629-637	
1° Principe de la compétence des particuliers	630-631	
2° Détermination des particuliers compétents	632-637	
II - Formes de la décision spéciale de subrogation	638-639	
III - Moment de la décision spéciale de subrogation	640-642	
IV - Effets de la décision spéciale de subrogation	643-645	
Conclusion	646	322
§ 2e - Solutions du problème	647-700	324-406
Plan	647	
Article 1er - Jeu de la subrogation réelle au regard de la technique générale	648-665	
1er Point - Jeu de la subrogation réelle dans les droits de créance de corps certains	650-654	
I - Jeu de la subrogation prévue par l'article 1303 du C. civ.	651-652	
II - Jeu de la subrogation réelle dans le droit du preneur à bail	653-654	
2e Point - Jeu de la subrogation réelle dans les droits réels spéciaux	655-665	
I - Jeu de la subrogation réelle dans le droit de propriété	656-662	
A - Principe	656-659	
B - Applications	660-662	
- Révocation des libéralités pour inexécution des charges	660	
- Exercice des reprises des biens donnés ou légués à des congrégations ou établissements culturels dissous	661	
- Art. 575, al. 2, du Code de commerce et art. 460 du Code pénal	662	

	Nos	Pages
II - Jeu de la subrogation réelle dans les autres droits réels spéciaux	663-665	
- Règle générale	663	
- Sûretés réelles et usufruit	664	
- Servitudes	665	
Article 2e - Jeu de la subrogation réelle intégrée dans une institution	666-670	
Choix des exemples et plan	666	
1er Point - Jeu de la subrogation réelle dans les propres de communauté	667-681	
I - Position de la question	668-669	
II - L'attraction des biens dans la communauté est étrangère aux hypothèses de la subrogation réelle	670-674	
A - La notion d'acquêt est exclusive de celle de subrogation réelle	671	
1° Rappel de la notion d'acquêt	671-672	
2° La notion d'acquêt et la subrogation réelle	673	
B - La règle d'après laquelle tous les deniers sont communs n'est pas hostile à la subrogation réelle	674	
III - La subrogation réelle répond à un but vers lequel tend la technique du régime de communauté	675	
Histoire et principes généraux	675	
A - La subrogation réelle dans les propres de communauté et le principe de l'immutabilité du régime matrimonial	676-678	
B - Application extensive par le droit positif des cas de subrogation réelle dans les propres de communauté	679-681	
Appendice. — Autres aspects de la subrogation réelle dans les régimes matrimoniaux	682-683	
— Régime dotal	682	
— Biens réservés de la femme mariée	683	
2e Point - L'exercice du droit de préférence dans les sûretés réelles	684-697	
I - Position et intérêt de la question	685-687	
II - Solution de la question	688	
A - Principe	689-693	
B - Application	694-697	
Appendice. — Aperçus sur la subrogation réelle dans d'autres institutions juridiques	698-700	
— Substitutions fidéicommissaires permises	699	
— Bien de famille	700	

SECTION III

PUBLICITE DE LA SUBROGATION REELLE

	N°s	Pages
Intérêt et objet de la question	701	408
Principe général et plan	702	409
§ 1er - Publicité du report du droit d'un objet sur un autre	703-706	410-412
§ 2e - Publicité spéciale du droit sur le bien nouveau	707-716	413-422
Hypothèse	707	
1re remarque	708	
2e remarque	709	
1er Point - Principe	710-711	
2e Point - Applications	712-713	
Transcription	712	
Inscription hypothécaire	713	
3e Point - Exceptions	714-716	
Remembrements fonciers	715	
Dommages de guerre	716	
Conclusion	717	423
CONCLUSION	718-721	425-429

IMPRIMERIE BACONNIER,

ALGER, DEPOT LEGAL 1-1954.